

Чаба Варга

ЗАГАДКА ПРАВА
И ПРАВОВОГО МЫШЛЕНИЯ

Избранные произведения



УДК 340
ББК 67.0
В 18

В 18 Варга Чаба. Загадка права и правового мышления / Пер. с англ. и венгр.; Сост. и науч. ред. М.В. Антонова. — СПб.: ИД «Алеф-Пресс», 2015. — 395 с.

ISBN 978-5-905966-59-0

В настоящей книге собраны наиболее значимые работы известного венгерского правоведа Чабы Варги, посвященные проблемам философии и теории права, методологии сравнительного правоведения. Большая часть работ публикуется в русском переводе впервые. Профессор Варга рассматривает важнейшие вопросы современного правоведения в свете философско-правовых разработок различных школ, актуализируя необходимость многоаспектного анализа. Данная книга будет полезна в рамках учебных курсов «Философия права», «Теория государства и права», «Сравнительное правоведение», «Европейское право», а также всем тем, кто интересуется состоянием и перспективами развития современной философии права.

ББК 67.0

© Варга Ч., 2015
© Коллектив переводчиков, 2015
© Антонов М.В., составление и научное редактирование, 2015
ISBN 978-5-905966-59-0 © ИД «Алеф-Пресс» СПб., 2015

УДК 340
ББК 67.0
Б 18

Б 18 Csaba Varga. The Enigma of Law and of Legal Philosophing. Selected Works / Transl. from English and Hungarian; Compiled and edited by Mikhail Antonov. — SPb.: Publishing House «Alef-press», 2015. — 395 p.

ISBN 978-5-905966-59-0

This book represents the most important works of the famous Hungarian legal scholar Csaba Varga. These works are focused on problems of legal philosophy and theory, and on methodology of comparative law. Most of the included works are published in Russian for the first time. Professor Varga considers the key questions of the contemporary jurisprudence in the light of philosophical traditions of different schools, underscoring the necessity of plurality of approaches. This book will be useful for the university courses of «Legal Philosophy», «Theory of State and Law», «Comparative Law», «European Law» and for all those who are interested in the actual state and perspectives of development of the contemporary legal philosophy.

ББК 67.0

ISBN 978-5-905966-59-0

© Csaba Varga, 2015
© Collective of translators, 2015
© Mikhail Antonov, compilation and editing, 2015
© Publishing House «Alef-press», 2015

Предисловие к русскому изданию

Я родился в 1941 г. и окончил учебу в Пече — городке юго-западной Венгрии с двухтысячелетней историей, средиземноморском местечке с римскими развалинами и турецкими минаретами. Финансируемый Папой Урбаном V и венгерским королем Людвигом университет был основан для борьбы с ересью богомилов, распространившейся к западу от Адриатики шесть с половиной веков назад, просуществовавший совсем недолго. После окончания этого университета я получил исключительную возможность начать свой научный путь в Институте правовых исследований Венгерской академии наук в Будапеште. Несмотря на глубокий интерес к области философии и теории права, мне пришлось покинуть свое родное место и *alma mater*, поскольку к тому времени я подвергся двойной общественной стигматизации: во-первых, мои отец и дед были известными производителями машин (выпускали сначала двигатели, затем кузова, и построили первую заправочную станцию за пределами столицы), что наложило отпечаток и на детей, которые тоже получили ярлык принадлежности к врагам экспроприаторского класса; во-вторых, я принял участие в католической евангелизации молодежи, используя некоторые приемы уже запрещенного скаутского движения, и после этого я стал участником показательного процесса, окончившегося для многих длительным лишением свободы, являвшегося одновременно ответной и превентивной мерой, осуществляемой политической полицией по всей стране, считающей все происходящее не меньше, чем заговором против социалистического режима.

Личная жизнь в Будапеште для меня, а затем для моей жены и двоих моих детей, началась в невероятной бедности, но яркая профессиональная жизнь в Институте — где я понял, что именно мое глубочайшее желание реализовать свое призвание, привело меня к этой профессии — каким-то образом уравнивала издержки. Работа в одном коллективе с такими титанами, как великий теоретик

права Имре Сабо, социолог права Кальман Кулчар, философ-правовед Вилмов Пешка и юридический компаративист Золтан Петери, ощущалась как небывалая движущая сила. Уже в 1968 г. (время студенческого восстания на востоке и вторжения войск Варшавского договора в Чехословакию, и кроме того, время рождения моего сына) я был командирован на шесть весенних недель в Страсбург/Париж и на четыре осенние недели в Москву/Ленинград.

Уже в Страсбурге возникли профессиональные и, возможно, даже более близкие отношения с В.А. Тумановым и Д.А. Керимовым, которые получили дальнейшее развитие в Москве (вовлекая в круг общения великую Р.О. Халфину и таких официальных фигур, как В.Н. Кудрявцев, В.М. Циквадзе и С.Л. Зивс), где началась моя дружба с В.П. Казимирчуком, С.В. Боботовым и особенно с В.С. Нерсесянцем. Я стал автором обзоров, составленных на венгерском и английском языках и посвященных огромному количеству книг, написанных ими и другими коллегами из Советского Союза и народных демократий, среди которых можно отметить В.Г. Графского и П.С. Рабиновича из СССР, Ежи Врублевски, Казимира Опалека, Марию Боруку-Арктову, Александра Печеника и Станислава Эрлиха их Польши, Виктора Кнаппа и Оту Вайнбергера из Чехословакии, Германа Кленнера и Карла Моллинау из Германской Демократической Республики, Радомира Лукича из Югославии, Аниту Нашиц и Софию Попеску из Румынии, а также Нено Неновски из Болгарии, ставших моими друзьями благодаря общности профессиональных интересов. Совместно с профессором Лукичем и профессором Нерсесянцем, как представитель Венгрии в предшествующие перестройке годы я участвовал в пятилетних двусторонних/многосторонних исследовательских проектах, первый из которых был посвящен методологическим вопросам, а второй — историческому подходу

С одной стороны, мне приходилось, — и, конечно, искренне хотелось — узнать, что может предложить теории права эта огромная часть мира, включающая в себя Советский Союз и его обширные зависимые территории, представляющие собой целую империю, простирающуюся от Кубы и центральной и восточной Европы до Монголии, Китая, Северной Кореи и Вьетнама. Поэтому я читал множество литературы на разных языках. Нет нужды говорить, что вдохновленный ничем не сдерживаемым исследовательским интересом, я дополнил свой круг чтения изучением литературы так называемого западного марксизма, довольно резко уравновесив его

продуктами американской, немецкой и английской советологии и сообщениями эмигрантов, которыми, к счастью, изобиловала Библиотека Парламента в Будапеште. В работе над подтверждением своих открытий я много раз лично общался с Джоном Хазардом, а также постепенно стал другом (а затем его гостем в Австралийском университете) Евгения Каменки, начавшего свой творческий путь с обоснования сталинизма, но пришедшего затем к его жесткой критике.

Независимо от политических целей, полностью чуждых мне, я пришел к пониманию следующего. Чем больший вклад я делал в формирование философии права, тем больше я разочаровывался в наивно реалистическом подходе к концептуальному миру, свойственном официальному марксизму, в его эпистемологии «мира, существующего объективно» и особенно в абсолютизации ленинской теории мышления как отражения. Соответственно, привитая семьей искренняя симпатия могла распространяться на западно-европейскую — особенно французскую, немецкую и скандинавскую — и североамериканскую юриспруденцию, огромное количество источников которой я прочитал и прокомментировал. К части авторов, принадлежащих к этим традициям юриспруденции, я мог запросто обратиться при помощи переписки, заканчивающейся обычно личным общением. Как ученый, который, с точки зрения исторического компаративизма, с трудом может считаться приверженцем марксизма, я скоро понял, что, несмотря на все идеологические коннотации, дебаты и критику, именно *Чистое учение о праве* Ганса Кельзена является единственным учением, способным очертить идеально-типический мысленный остов структуры и действия всего континентального права. В этом смысле концепция Кельзена служит незаменимым ключом для понимания этой разновидности права.

Соответственно, такой разносторонний подход смог наилучшим образом выразить мое намерение рассматривать все научное наследие этого *theatrum legale mundi* в едином историческом континууме. Это намерение шло вразрез с советской практикой умалчивания, известной под именем «общая теория» и представляющей собой не более, чем советскую теорию советского права. В течение долгих лет я пытался — и небезуспешно — убедить коммунистически настроенного директора моего Института позволить мне опубликовать сборник классических текстов, являющихся показателями всего этого континуума. Таким образом, у этого единого

целого появилась бы возможность без всякой дискриминации быть подвергнутым научной критике, взамен того общего использования, предметом которого оно было в коммунистическом блоке — просто в качестве предмета идеологического уничтожения всего, что зарекомендовало себя в качестве буржуазного/империалистического. Коллекция переводов классических работ по философии права вышла в свет в 1977/1978 гг., не имея себе аналогов в этой части мира. Более того, следуя поручению своего директора, я смог одновременно начать работать над продолжением этих публикаций в качестве серии, второй том которой должен был быть посвящен ранним представителям русско-советской, советских и народных демократий (с взятым в качестве точки водораздела. Среди них был А.Я. Вышинский, а также авторы статей из эмигрантского журнала «Закон и суд» [Рига, 1929–1938] в то время, когда русско-советская литература, предшествующая Вышинскому, была доступна только в западных библиотеках). Третий том должен был стать сборником послевоенной западной правовой мысли, однако, банкротство издательства Академии привело к приостановлению издательского процесса. Кстати, насколько мне известно, работа *Правовая теория марксизма*, вышедшая под моей редакцией в 1993 г. в англо-американской серии, может считаться самым первым подобным изданием в мире, объединяющим так называемые восточный и западный марксизм в едином сборнике.

В любом случае, в течение долгого периода, длящегося более чем два десятилетия, почти ежегодно, но лишь на несколько дней каждый раз, мне приходилось посещать два идеологических центра Советской империи — *Институт государства и права Российской академии наук* в Москве и *Институт теории государства и права Академии наук Германской Демократической Республики* в [Восточном] Берлине. К сожалению, самодостаточность или, по моему убеждению, даже некоторая ревность обеих академических центров блокировали попытки распространения контактов или совершения визитов в другие университеты и в иные исследовательские центры. В то время мне выделялось финансирование на то, чтобы проводить недели и месяцы сначала во Франции и Италии, а затем в Нидерландах, Дании и Германии. В качестве ответственного секретаря венгерского отделения *Международной ассоциации философии права и социальной философии* [IVR] я стал постоянным участником проводимых в ее рамках каждые четыре года (а иногда — каждый год) всемирных конгрессов.

Путешествия для меня означали бесплатное обучение в безгранично богатых библиотеках, доступ к печатным материалам венгерских, центрально-европейских и русских политических эмигрантов, покупку или копирование важных книг и периодических журналов и особенно приобретение новых знакомств и многообещающих возможностей обмена мнениями и публикациями на актуальные темы. Начатая переписка и подобные визиты скрепляли эти контакты, которые оказали очень большое влияние на мое интеллектуальное развитие на долгие годы. Особо стоит упомянуть дружбу с Мишелем Виллеем (Париж) и Хаймом Перельманом (Брюссель). Во-первых, познакомившись с идеей *dikaion*, понимаемой в качестве подлинной (древней, но идеальной) правовой справедливости, я убедился в поверхностном характере юридического позитивизма, основанного на чистом волюнтаризме. Во-вторых, на примере того, насколько суждение *универсальной аудитории* важно для оценки человеческих поступков, концепция Перельмана доказала для меня несводимость действующего права к формальной логике.

Через некоторое время, к счастью, мои возможности кратковременных поездок за границу с позволения Венгерской академии наук сменились на другие — возможности с позволения того же органа покидать страну на длительный срок в качестве приглашенного профессора. Эта ситуация привела к тому, что я побывал в качестве приглашенного профессора в Лунде, Свободном Университете Берлина, в Канберре, в Университете Васеда в Токио, Йельском Университете и Эдинбургском Институте углубленных правовых исследований. В общей сложности я провел несколько лет в этих институтах до развала коммунизма. Имея опыт такой международной практики, который также помогал мне раздвинуть пределы политической толерантности при наведении мостов, в конце концов я попробовал организовать (и мне это удалось) первые многосторонние, — включающие входящую в состав IVR, Венгрию, а также Австрию и Финляндию, — рабочие группы ученых с Запада и из Восточного блока на берегах озера Балатон, в Лейбнице и Хельсинки. Это были настоящие международные заседания, материалы которых были официально опубликованы в качестве отдельных томов — приложений к журналу *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*.

В отличие от существовавшей в то время советской практик, академик Сабо приберегал ученые звания исключительно для уже сформировавшихся ученых. С самого начала мой постоянный исследовательский интерес касался, с одной стороны, скрытых от по-

верхностного взгляда взаимоотношений права, текста, риторики и логики, а с другой стороны, изучения права как простого инструмента, то есть искусственного средства практического действия, к которому напрямую не относятся ни эпистемологический подход, ни проверка на истинность/ложность. Директор моего Института, опасавшийся идеологических коннотаций, категорически отвергал эти темы. Но, к концу концов, я получил степень кандидата юридических наук, защитив диссертацию по теме *Кодификация как социоисторический феномен в 1977 г.*, и степень доктора юридических наук в 1991 (с работой *Теория судебного процесса*, в которой уделялось внимание тем вопросам, которые входили в пределы моих изначальных интересов). Первая работа, — вдобавок к глубокому исследованию в области исторического компаративизма, включающему все эпохи и культуры, — останавливалась на теории юридической объективации и рациональности. Вторая работа была посвящена применению философии аутопойезиса в правовых исследованиях и была построена на примерах искусственных конструкций реальности в рамках лингвистической философии и теории языковых актов. Обе работы оказались новеллами на международной арене.

В то же время я был привлечен к работе над подготовкой посмертной публикации Дьердя Лукача *Ontologie des gesellschaftlichen Seins*, концептуальная система которого была довольно полезной для аргументации моих идей. Казалось, что взгляды Лукача твердо следовали его марксистской позиции, но на самом деле открывали теоретические перспективы для объяснения бытия права. В конечном счете, тот факт, что я придерживался обязательной позиции марксизма, жизненно необходимой коммунистической диктатуре, сослужил для меня службу троянского коня. Я мог одновременно заниматься онтологией права по направлениям, следуя которым, я мог синтезировать все то, что узнал в процессе своего общения с иностранными коллегами и развивал в правовых исследованиях. Невольно это вылилось уже в аутопойетическое исследование, законченное к 1970-му году и опубликованное в виде работы *Место права в идее мира Лукача*. Это стало возможным благодаря факту старения директора моего Института и ослабления его контроля над моими исследованиями. Это было единственной юридической книгой, переизданной во второй раз по инициативе издательства Академии и за счет Академии.

Различные способы использования языка (варьирующиеся от аксиоматически классифицирующих человеческий опыт до описы-

вающих такой опыт), разнообразие цивилизационных идей порядка, свойственных Востоку и Западу (включая продукты разных *юридических ментальностей* гражданского и общего права, вытекающих из единого наследия римского права), соотношение правила/нормы (зависящее от концептуализации юридического языка), аутопойе-зис как основная методологическая конструкция, в рамках которой человеческое понимание и познание должно объяснять общество: вот такими были основные дилеммы, которые стояли передо мной. Позже эти дилеммы были раскрыты в работе *Парадигмы правового мышления*. Эта работа представляла собой сборник вечерних лекций, прочитанных мною перед студентами полувавтономного колледжа им. Бибо, входившего в состав столичного Университета им. Лоранда Этвеша. Преподавателям этого Университета в 1980-е удалось основать первую оппозиционную партию в Венгрии, которая на первых же выборах получила место в парламенте и существует там и по сей день (постоянно набирая две трети голосов).

В Институте я занимался только исследовательской работой: Имре Сабо позволял заниматься преподаванием юриспруденции в университетах только избранным и уже прославившимся старшим сотрудникам. Уже в начале 1980-х я смог устроиться на половину ставки в столичном университете и получил там должность ординарного профессора в 1991 г. После странствий по всему миру мое окончательное возвращение домой, в Венгрию, совпало с падением коммунизма. Стремясь помочь своим опытом стране, я стал членом консультативного Совета при премьер-министре Венгрии. Создание новой структуры управления, перестройка национальной безопасности были среди многих задач, требующих решения и помощи от верховной государственной власти, что и привело к организации Католического (а потом также и Лютеранского) университета. С самого появления юридического факультета Католического университета им. Петра Пазмания в 1995 г. я исполнял обязанности директора входящего в его состав Института философии права, единственного когда-либо существовавшего отделения в стране, получившего статус учреждения повышения квалификации.

Как только Венгрия вернулась к своим истокам и стала постепенно интегрироваться в структуры Европейского Экономического Союза, в период с 1990 по 1995 гг. я дважды выигрывал гранты на осуществление трехгодичных проектов с существенным финансированием — проектов, связанных с переосмыслением теории права как предмета исследования и образования. Эти исследования

сопровождались поддержкой двадцати пяти западноевропейских университетов. В дополнение к другим преимуществам, включающим организацию международных рабочих групп (с привлечением таких московских коллег, как Е.А. Лукашева и С.В. Поленина), плодами этой работы стало огромное количество новаторских книг, написанных в соавторстве с венгерскими коллегами, и сборники/коллекции переводов. Переводы классики западной юридической литературы и работ, подобранных по тематике, — одновременно с переизданием (и соответствующей реабилитацией) выдающихся, всемирно известных венгерских философов права, творивших в период между двумя мировыми войнами, которые были отвергнуты и забыты во время коммунистической разрухи, — являлись важным дополнением к этим проектам.

Будучи вовлеченным в решение политических проблем, я понимал, что должен продолжить свою работу над рассуждениями на актуальные темы с точки зрения философии права. Вращаясь вокруг таких неувядающих тем, как природа подчинения/неподчинения в гражданском праве, приходя к согласию относительно соотношения нашего прошлого, прожитому под эгидой лозунга о верховенстве права, и истинного значения верховенства права, я стал автором трех книг — включая *Transition to Rule of Law and Transition? To Rule of Law?* — и редактором двух коллекций, посвященных зарубежной теории и опыту. Последнее издание, затрагивающее вопросы концептуальной идентификации идеи верховенства права — ссылаясь на которую, Венгрия, при вмешательстве международных организаций, много раз пыталась сойти со своего естественного курса развития — привела меня к необходимости рассмотреть эту дилемму в контексте борьбы между универсализмом и партикуляризмом, проявляющейся в спорах о правах человека по всему миру. Я думаю, что, в конце концов, теоретическое осмысление общества должно проходить с позиции живого человеческого опыта, построенного на аксиологической рефлексии о фактической основе существования. Личный опыт проявляет универсальные черты только в случае, когда люди имеют общую жизнь и историю. А универсализация того, что по преимуществу является особенным, встречается очень редко. Соответственно, модные лозунги могут оказаться не имеющими верифицируемо обоснованных концептуальных критериев даже в случае, когда они публично объявляются вечными и неизменными ценностями. Такие лозунги являются ни чем иным, как плохо скрываемыми политическими инструментами в руках международных

учреждений нового империализма, стремящихся подчинить себе государства и другие институты.

После падения коммунизма, сменившего *ratione imperii* на *imperio rationis*, знакомства на невероятной по масштабам территории России нужно было заводить заново. Мой опыт преподавания был обогащен благодаря вниманию и неиссякаемой заботе Ирины Дмитриевны Мишиной из Сибирского федерального университета, которая уже дважды приглашала меня читать полные курсы лекций по основам философии права в сравнительном правоведении. Наиболее значимое обсуждение общетеоретических проблем возобновилось благодаря Андрею Васильевичу Полякову из Санкт-Петербургского государственного университета, Михаилу Валерьевичу Антонову из Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» и Екатерине Геннадьевне Самохиной из Санкт-Петербургского гуманитарного университета профсоюзов. Также я выражаю глубокую признательность Марине Леонидовне Давыдовой из Волгоградского государственного университета, Евгению Леонидовичу Поцелуеву из Ивановского государственного университета и Алексею Юрьевичу Саломатину из Пензенского государственного университета.

Моя искренняя благодарность всем российским специалистам по философии, теории и социологии права, а также по сравнительному правоведению, которых я имел честь лично встретить во время многочисленных конференций, в которых я принимал участие в России и за ее пределами. Венгрия снова стала соседствующей частью мира, находящейся с Россией в интеллектуальных отношениях и приглашающей к обмену мнениями и идеями, опытом и размышлениями. Я лишь надеюсь, что эта коллекция переводов — за подготовку которой я благодарю генерального директора Николая Александровича Исаева, пригласившего меня к сотрудничеству, а также Михаила Валерьевича Антонова и Екатерину Геннадьевну Самохину, проделавших в сжатые сроки большую работу — сможет своеобразно укрепить веками строившийся символический мост между нашими нациями.

Оглядываясь назад

1. Жизнь интеллектуала в послевоенной Венгрии

Что касается тех лет, когда происходило становление моей личности — что ни говори, это было время тяжелых уроков. Можно иметь такую семейную историю, благодаря которой вся семья изначально была политически стигматизированной и дискредитированной как принадлежащая к классу врагов. Иметь такую семью, которая подерживала социальные связи, вызывающие подозрение у тайной полиции, соблюдала христианские ценности, противопоставляемые новому режиму, вела образ жизни, о котором не принято было говорить открыто. Все это можно прибавить к подавляющему бремени, вдохновляющему одних на самобичевание, самоупреки и в конечном счете на самоуничтожительную покорность, а в других, наоборот, вызывающему желание проверить свои личные возможности и развить самостоятельные представления, требующие напряженной работы. В общем, все это воодушевляло меня выстоять перед лицом неудач, унижения и раннего понимания того, что меня выталкивают на задний план, а также попробовать, по крайней мере, подавить невыносимо тяжелые чувства с помощью менее соответствующей реальному времени, почти трансцендентной перспективы, маячащей на горизонте. Потому что в любой момент такие условия могут заставить субъекта (практически принудить его) по-новому оценить свои прежние действия и жизнь, лелеять дух ответственности, которую необходимо признавать всем сообществом, и взвешивать и обдумывать каждый шаг с позиции морали — вплоть до мельчайших вопросов профессиональной деятельности.

И, таким образом, каждому моменту повседневной жизни придавалось дополнительное значение. И поэтому то, что было реализовано в качестве конечного продукта — моя личность и мой образ жизни — было совсем не случайным. Любому малейшему действию предшествовало тщательное рассуждение, а роли тщательно пропусались

через этический фильтр. Порой глубокая серьезность скрывалась за, казалось бы, беззаботным смехом. Само существование не было унылым, но в любой момент могло легко принять трагический оборот.

Позвольте мне утверждать — в качестве подведения итогов полувекового опыта жизни, проведенной в социалистической Венгрии — что при желании интеллект способен работать, даже несмотря на крайне ограниченное доступное интеллектуальное пространство. Как мы все знаем, нелегко танцевать искалеченному, со связанными руками и ногами. Но следует отметить в то же время, что беспомощное дрейфование на волнах различных течений, подобное покорению стечению обстоятельств, на самом деле едва ли можно назвать танцем.

2. Марксизм в юридической науке и его социалистическая обработка

Идеалом марксизма был научный образ общества, построенный на основе признания и формулирования определенных законов. Базирующийся на архетипах раннего XIX в., он понимал мир как единство — как с позиции философии, так и в теоретическом описании. В качестве задачи марксизм понимал позитивное описание и приспособлял к этому языковые средства. Для этого им были адаптированы единая онтология и эпистемология. Единственной вещью, которая признавалась с точки зрения марксизма существующей, являлось то, что марксисты называли реальностью. Они полагали, что контекст, правило, логика и диалектика — то есть все связи — должны быть выведены из реальности, а мышление, в свою очередь, должно стать отражением реальности в сознании. Следовательно, марксизм также полагал, что человеческое понимание любого контекста, правила, логики и диалектики — если мышление данного человека правильно — должно быть отражением внешнего мира в сознании. Материя и явления, — как общие, особенные и индивидуальные, так и типовые — все это тоже рассматривалось в качестве характеристик реальности, открытых при помощи теоретической рефлексии на более высоком уровне, чем обыденное восприятие. Язык и понятия также понимались как фрагменты отраженной реальности, то есть как объективные и существующие независимо по отношению к сознанию и независимо от него.

Марксизм в праве, — даже на своих самых сложных уровнях сведенный к цепи применений марксистской догмы, — всегда рассматривал право не в качестве отдельной сущности, а как нечто, за-

висимое от чего-то внешнего, то есть просто как продукт (или выражение) чего-то первичного по отношению к праву¹.

История правового теоретизирования в рамках марксизма характеризовалась дилеммой теоретического дуализма.

Примечательно, что это направление либо искало — в основном следуя в **онтологическом плане** Карлу Марксу² — особое инструментальное (то есть как можно более измененное) отражение общественных отношений в формальном праве (о чем свидетельствовала ранняя теория права и, в первую очередь Е.Б. Пашуканис³, а затем и теоретическая схема, разработанная Имре Сабо⁴); либо оно хотело проследить — вдохновленное в **эпистемологическом** плане в основном работами В.И. Ленина⁵ — особое, инструментальное (то есть как можно более измененное) отражение реальности в языковых формах правовой объективации для того, чтобы применить в качестве критерия суждений о праве само осмысление реальности (как это имело место в теории Вилмоса Пешки⁶, следующей теории литературного реализма Дьердя Лукача⁷, сводившей эстетические качества к мысленным образцам).

Научная конструкция, внутренняя логика и строгая согласованность, равно как и сила убеждения характеризовали эти подходы, которые фактически развивались в скрытой полемике друг с другом. В итоге, имели место продолжительные дебаты. Более того, под официальной эгидой несомненного доминирования марксизма могли сохраняться некоторые внутренние различия подходов и взглядов.

¹ См.: Варга Ч. Теоретическое содержание права как надстройки — в настоящем сборнике; Varga Cs. The Legacy of Marxism in Law // Central European Political Science Review. Summer 2011. № 44. P. 78–96.

² См.: Marx K. A Contribution to the Critique of Political Economy. London: Lawrence & Wishart / New York: International Publishers 1970, Marx K., Engels F. The German Ideology. New York: International Publishers, 1947.

³ Pashukanis E. Law and Marxism: A General Theory. London: Ink Links, 1978. [Пашуканис Е.Б. Общая теория права и марксизм. М.: Издательство Коммунистическая Академия, 1928].

⁴ Сабо И. Основы теории права. М.: Прогресс, 1974.

⁵ Ленин В.И. Философские тетради. Политиздат, 1947. (Moscow: Progress Publishers 1972) [Collected Works 38] and *Materialism and Empirio-criticism* Critical Comments on a Reactionary Philosophy, trans. A. Fineberg (Moscow: Foreign Languages Publishing House 1947) 391 pp.

⁶ Peschka V. Die Theorie der Rechtsnormen. Budapest: Akadémiai Kiadó, 1982.

⁷ Lukács G. 1) Wider den missverstandenen Realismus. Hamburg: Classen, 1958; 2) Essays on Realism / trans. Fernbach D. / Cambridge, Mass.: MIT Press, 1980.

Но только идеям, заявляющим о своей принадлежности к марксизму (или выведенным из него и вдохновленным им, но, конечно, не опровергнутым и не отмеченным марксистами как критика, отрицание или переступание марксизма), было позволено появляться на официальных научных платформах, то есть в *Академии, Университете*, а также практически в исключительной, находящейся в собственности у государства и под контролем партии, печатной индустрии. На самом деле, это означало — везде, кроме довольно ограниченной сохраненной за церковью области мысли, являющейся строго изолированной и никогда не представляемой в официальном облике науки. В то же время почти у любой точки зрения был шанс попасть в официально признаваемое направление при условии, что она была обоснована в соответствии с официально принятой методологией. Эта методология в Венгрии оставалась довольно толерантной, несмотря на формально принятые в 1960-х гг. решения партии, которые регулировали всякие попытки плюрализировать марксизм, то есть доказать истинность двух и более противоположных взглядов на один предмет для того, чтобы добиться признания в качестве верных и, следовательно, терпимых в рамках марксизма.

Поскольку любой подход должен был проходить через фильтр гомогенизирующих приемов марксизма [*Gleichschaltung*], каждый, кто осмеливался мыслить строго в рамках своей профессии, оставался совсем один. Ведь в отрыве от предположений Маркса и Энгельса и консервативных упрощений вековой давности, сделанных Лениным, такой мыслитель также был безнадежно оторван от любых идей, развиваемых в качестве научных основ соответствующих дисциплин, поскольку он был изолирован и от современной западной науки. Если брать философию науки, этику или теорию права — с одной стороны, то социалистические ученые наталкивались везде лишь на пробелы и ловушки, так как они были вынуждены блуждать по черствую официальную версию марксизма на искусственно созданном островке, на котором даже его западноевропейские и американские разновидности считались «ревизионистскими», а его югославский вариант, благодаря своему гуманистическому заряду, понимался вообще как обладающий выраженной «враждебностью»⁸. С другой стороны, существовало олицетворение зла в виде «буржуазных» или «империалистических» доктрин, отданных профессиональными охотниками на ведьм на научное уничтожение в «идеологической» бит-

⁸ Стоит отметить, что книга «Марксистская теория права» (*Marxian Legal Theory*/ Varga Cs. Ed., 1993) стала первым сборником, объединившим образцовые работы так называемого западного и социалистического марксизма.

ве⁹. Любая попытка почерпнуть вдохновение или — какая дерзость! — исследовать вражескую территорию влекла угрозу быть изгнанным из науки, не считая других рисков.

Несмотря на все это, ситуация в Венгрии считалась состоянием наивысшей идиллии, вызывающей зависть почти всех мировых стран «реально существующего социализма» — особенно являющихся аутсайдерами Польши, Венгрии и Чехословакии до 1968 г. В Советском Союзе, например, просто не было доступа к «враждебной» литературе. Ученые даже не имели возможности ее осмысления, что также исключало необходимость ее критиковать — за исключением приписывания ей обычных клише, демонстрирующих равнодушное политическое отречение. Германская Демократическая Республика выбрала решение, которое лучше всего соответствовало идее «научного социализма»: теоретические исследования социалистического права в ней были поручены специалистам в области социалистического строительства (которые должны были полагаться исключительно на чистые и неискаженные — то есть «социалистические» — литературные источники), в то время как работа по разработке уничижительной критики «империалистических» доктрин (включая как рационализм Макса Вебера, так и нормативизм Ганса Кельзена) вверялась специально отобранным товарищам, уполномоченным это делать в качестве своего исключительного долга. Таким образом, только этим нескольким ученым был предоставлен доступ к «империалистической» литературе в закрытых хранилищах определенных научных библиотек, недоступных для общественности. В таких странах, как Болгария и Румыния, ситуация, вызванная повальной бедностью, была довольно проста — осуждать было почти нечего, потому что в библиотеках практически не было западных приобретений. Радикальное нововведение было принято в Чехословакии после 1968 г. Опасаясь любого ревизионистского подрыва, новые лидеры ограни-

⁹ Этот период также ознаменовался тем фактом, что работы «Современные западные теоретико-правовые учения» (Modern polgári jogelméleti tanulmányok [Modern western studies in legal theory] / Varga Cs. ed./ Budapest: Magyar Tudományos Akadémia Állam- és Jogtudományi Intézete, 1977) и «Право и философия: антология западной теории права с первой половины XX века» (Jog és filozófia Antológia a század első felének polgári jogelméleti irodalma köréből [Law and philosophy: Anthology of western legal theory from the first half of twentieth century] / Varga Cs. ed./ Budapest: Akadémiai Kiadó, 1981) были первыми переведенными и опубликованными на советском пространстве продуктами «буржуазных/империалистических» правовых доктрин — вместо «идеологического уничтожения» этих доктрин.

чили интерес в приобретении литературы и свели выбор к продуктам своих советских и восточногерманских товарищей. Открытость имела место в Югославии и Польше, но по сравнению с Венгрией, ее конечный результат был не намного лучше. В Югославии (кстати, как и в Чехословакии до 1968 г.) были предприняты многообещающие попытки гуманизации марксизма и его социалистического аспекта, однако социальные науки остались такими безжалостными приверженцами доктрины, что от устаревшей ортодоксальности ученые могли, в лучшем случае, прийти к неологизму в рамках того же догматического марксизма. Возможно, лишь польская наука предложила явно привлекательную перспективу. Ученые-юристы развивали почти все, что доходило до них с Запада.

Только спустя время выяснилось, что такое положение дел могло быть результатом серьезных компромиссов и за это еще придется уплатить свою цену. Хотя в Венгрии марксизм был единственной платформой для изучения, описания, охвата и господства над всеми сферами жизни, но научные исследователи были избавлены от требований, связанных с их персональной партийной принадлежностью. Напротив, в Польше все профессора должны были доказать свое лояльное отношение к партии, чтобы получить доступ к общему хору. В то же время отношение марксизма к общественно-научной мысли в Польше было весьма специфичным. Сама эта мысль также развивала марксистско-ленинскую теорию права, но ограничивала ее сферу только областью построения социализма, в которой внимание уделялось либо идеологическим вопросам, либо проблемам права, граничащим с политикой. Во всех других областях любая научная деятельность могла развиваться почти свободно. В результате невообразимого разложения марксистско-ленинской доктрины в Польше появилось множество новых школ, аналитические навыки которых были на уровне Оксфорда, а логика — Парижа и Брюсселя. Между тем, вопросы, затрагивающие сохранение национальной специфики, оказались в полном забвении, а национальные традиции в области гуманитарных наук если и прослеживались, то в основном, в аспекте склонности к формализации и количественным подсчетам¹⁰.

¹⁰ См.: Varga Cs. 1) *Legal Philosophy of the Marxism of Socialism: Hungarian Overview in an International Perspective* / Varga Cs. *Contemporary Legal Philosophising*. 2013, P. 95–149; 2) *Development of Theoretical Legal Thought in Hungary at the Turn of the Millennium / The Transformation of the Hungarian Legal Order 1985–2005 Transition to the Rule of Law and Accession to the European Union* / Takács P., Jakab A., Tatham A.F. eds. / *Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International*, 2007. P. 615–638.

Возвращаясь к дилеммам своего поиска, я вполне мог бы оставаться на этой (постоянно разрушающейся) стороне «нашего» крыла, если бы не был полностью перетянут широтой стороны противоположной. Меня привлекали не только ее внутреннее разнообразие и интеллектуальная оживленность, но больше всего — тот факт, что на самом деле я не мог найти на «нашей» стороне никаких ориентиров для ответов на постоянно появляющиеся у меня вопросы. А, как хорошо известно, если нет очертаний мыслимых ответов, то невозможно даже вразумительно сформулировать вопрос. Потому что вместо ориентиров, я мог найти только выводы, в то время, как направление, выбранное мною в начале 60-хх (на основе текстов, недоступных широкой общественности, распространенных лишь в ограниченном числе копий, часть которых мне посчастливилось получить, благодаря внезапной и потенциально рискованной поездке автостопом из города Печ к вершинам Департамента марксизма-ленинизма Министерства образования в Будапеште), находилось очень далеко от преподаваемой нам в качестве исключительно истинной доктрины, однажды обоснованной под эгидой возвращения марксизма в конце XIX в.

3. Споры о праве

3.1. Подходы к праву

Право? С самого начала для меня было очевидно то, что я должен его искать и найти как текст — в концептуализированной форме. Однако, для меня оно существовало как доходчиво интерпретируемое не в качестве чистого продукта или пассивного зеркала мышления, а как активный отклик на практические проблемы, то есть как искусный инструмент человеческой деятельности, полученный из теоретических знаний и практического опыта, накопленных и обработанных нами и нашими собратьями. Именно поэтому самый главный вопрос, который мы должны уяснить, заключается в том, является ли наш предмет правом в книгах или правом в действии. Решение этого вопроса зависит во многом от традиций и практической доступности образцовых инструментов, сделанных где угодно и/или когда угодно другими людьми, а также от аксиологических и практических соображений целесообразности действия. В результате, я сделал вывод о том, что основополагающий социалистический подход является не-верифицируемым и нудно бесплодным. Как только право сталкивается с материей, выражаемой посредством языка (и, следовательно, право является реальностью, рассматриваемой исключительно с по-

зиции контекста), этот подход оценивает право как простое отражение «объективной реальности, существующей независимо от человеческого сознания». Это происходит исключительно на основе определенного критерия мышления, по необходимости рассматривая право как истинную или ложную модель реальности — неважно, имеется ли в виду описательное утверждение, предписывающее веление или аскриптивное приписывание последствий.

Следовательно, речь идет именно об автономии права и о том, можно ли подходить к вопросам права как к нашим личным вопросам в рамках социального контекста, обуславливающего их. Согласно моему предположению, в дополнение к когнитивно реконструируемой рефлексии языковое выражение само по себе может также служить средством реализации практических намерений. Оставляя позади вынужденные пути формальной семантики и логики, я думал, что, исследуя смысл права и логический контекст, мы должны прийти к пониманию того, что текстуальное воплощение права является лишь средством передачи права, несущим в себе различные потенциалы, зависящие от таких условий, как историческая эпоха и культура, лежащая в их основе. Более того, право как текст призвано лишь помогать в принятии творческих и ответственных решений, проводя процесс рассуждения, аргументации и обоснования по определенным направлениям, обладающим структурой и ссылками, приспособленными к концептуально заданным тропам. С другой стороны, логика в праве не является неким определением, обладающим принудительностью: она может сталкиваться с особыми видами пробелов, изменениями, переходами и неопределенностями в правовом процессе (обнаруживающимися при последующей реконструкции). Более того, использование в праве различных техник может сулить разные (если не полностью противоположные или взаимоисключающие) результаты, зависящие, в конечном счете, от (возможно, банальных) выборов, которые, в итоге, не предопределяются никакими (правовыми) текстами.

Кроме того, могут появиться сомнения по поводу разрешения дилеммы, может ли понятие вещи иметь единственное правильное определение (понимая вещь как исключительно верифицируемое концептуальное отражение «объективной реальности, существующей независимо от человеческого сознания»), или это понятие с самого начала инструментализировано, то есть приспособлено лишь к практическим человеческим интересам и искусственным контекстам. Соответственно, не существует понятия или предмета, которые воспринимаются *per se* сами по себе, а — и особенно это касается права — только феноме-

ны, понимаемые в том или ином смысле с позиции той или иной перспективы. Таким образом, само понятие выбирается и определяется в зависимости от того, что я на самом деле хочу исследовать в нем или с связи с ним, из бесконечного разнообразия аспектов, допускающих различные подходы и возможные интерпретации. Такое понимание с самого начала отвергалось господствующим в то время монистическим мировоззрением, как будто оно отстаивало плюралистические взгляды. Здесь проявлялся наивно реалистический поиск зеркального отражения предметно-материальных сущностей в нашем сознании, к которому склонялся марксизм. Поскольку официальная презумпция марксизма предполагала, что предметы и их понимание остаются единственными, пока они не становятся многообразными в силу человеческой ошибки или неверной идеологической интерпретации.

Принцип историчности, свойственный марксизму¹¹, означал для меня не более, чем историческое объяснение и понимание. Независимо от сохранения наименований, характер вещи может изменяться со временем. Собственно говоря, со временем развивается не сама вещь или ее понятие. То, что существовало вчера, было вчера, и не может отождествляться с тем, что будет иметь место сегодня или завтра. Более того, события будут переименованы не только так, как будто что-то все еще продолжает происходить; но и так, как будто мы искали и в конце концов нашли ответы на вызовы, брошенные нам в процессе нашей практической деятельности. Независимо от того, было ли принято совершенно новое решение или мы были вдохновлены прежними процессами, где-либо применяемыми, и также независимо от того, дали ли мы нашему открытию новое имя или предпочли приспособить (путем адаптации) его старые имена.

И все же я думал, что ни монополярная капитализация, ни распространение большевизма на обширных участках земного шара не могли найти ключ к раскрытию секретов права. Поскольку в том, что касается кодификации, правовой аргументации, юридической логики или правового идеала, советское право фактически оказалось ближе к французскому или немецкому образцам, чем к правовым устройствам Западной Европы и Северной Америки. Точно также классификация, предложенная в терминах капиталистического/социалистического «типа права», не соответствовала никакому действительно правовому анализу. Однако через термины «современная

¹¹ Varga Cs. Law and History: On the Historical Approach to Law [1999] / Varga Cs. Theory of Law, 2012. P. 31–35.

государственность» и «современное формальное право», рассматриваемые как основы возможной типологии, я смог прийти к понятию правовой культуры. Все это означало для меня единственный путь к исследованию права в его техничности, понимая, что право сводимо к техникам, управляемым человеческими мотивами¹².

Это затруднение оставалось и до сих пор остается для меня загадкой: будет ли соответствовать принципу историчности, если мы примем определенные формы в качестве универсально заданных, не исследуя их развитие с точки зрения сравнительной исторической перспективы? Поскольку то, что к этому времени было универсализировано при помощи философской реконструкции, являлось лишь результатом особого развития и должно изучаться параллельно с другими особенностями. Именно поэтому в основу теории я пытался заложить сравнительно-исторические исследования в виде вопросов и ответов — вместо создания и конструирования теорий, основанных на чисто концептуальном анализе¹³. Поэтому неудивительно, что я начал писать монографию, посвященную кодификации как социо-историческому феномену¹⁴, прослеживая ее соотносимые функции и проявления со времен всеобщей сравнительной истории человеческих институтов, чтобы в итоге прийти к общей теории кодификации. Вдобавок я изложил множество развитие юридических техник (презумпций и фикций, а также дополнений к *legis latio* в форме преамбул, мотивов, приведенных министром, вносящим законопроект, и дополнительные материалы¹⁵) на протяжении разных эпох и культур в их полном единстве, чтобы в конце определить их свойства.

Это традиция, формирующая сообщества несмотря ни на что. Это традиция, соединяющая поколения и культуры. Но эта традиция вовсе не является пассивным средством: она может воплощать как иници-

¹² См. публикации автора, начиная от: Varga Cs. 1) *Moderne Staatlichkeit und modernes formales Rechts* [1982] / *Law and Philosophy*, 1994. P. 201–207 и 2) *Comparative Legal Cultures* / Varga Cs. ed., 1992 — до 3) *Comparative Legal Cultures*, 2012.

¹³ См., напр.: Varga Cs. 1) *Varieties of Law and the Rule of Law*; 2) *Differing Mentalities of Civil Law and Common Law*?

¹⁴ Varga Cs. *Codification*, 2011.

¹⁵ Varga Cs., Szájer J. *Legal Technique / Rechtskultur — Denkkultur Ergebnisse des ungarisch-österreichischen Symposiums der Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1987 / Mock E., Varga Cs. hrsg. / Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden, 1989. P. 136–147 [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 35]; Bapra Ч. Диалектика развития правовых инструментов а также Varga Cs. *Die ministerielle Begründung in rechtsphilosophischer Sicht // Rechtstheorie*. 1981. № 12. Vol. 1. P. 95–115 (Varga Cs. *Law and Philosophy*, 1994. P. 119–139).

ативы низов общества, так и структурные инновации. Сам факт того, что я смог прийти к такому заключению на фоне марксизма, служит еще одним доказательством победы (определенного вида) традиции.

3.2. Приближение к онтологии права

К концу эпохи коммунизма, распространившегося на Венгрию, я вернулся к идеалу начального периода своей юности — когда мне выпал шанс стать юным другом двух новаторов того времени, а именно Мишеля Виллея из Парижа (1914–1988) и Хайма Перельмана из Брюсселя (1912–1984). А именно: к мышлению в контексте права, языка, логики и риторики, к исследованию предмета «права» в рамках человеческого понимания, непрерывно пере- и транс- конвенционализированного посредством различных наборов взаимных эффектов¹⁶. Общим ядром здесь является то, что называется «искусственной конструкцией, созданной человеком»¹⁷: формализм, на который мы ссылаемся; по поводу которого мы взаимодействуем; в зависимости от сетевых связей которого мы выводим последствия; глубокую ошибочность которого мы непрерывно стремимся преодолеть, в основном посредством чистой сверхидеологизации.

От проблематизации того, что, с одной стороны, представляет собой объективация права, и того, как, с другой стороны, онтологическая сущность права утверждается в зависимости от его реального воздействия на ход событий, я смог сделать заключение об одновременной открытости и замкнутости права в аутопойезисе¹⁸. Именно в терминах аутопойезиса право определяется как схематичный стандарт, нуждающийся в последующем обосновании с обращением к решению практических проблем — решению, необходимому в повседневной жизни. Соответственно, здесь логика ставилась под сомнение с самого начала: решение проблем не может закончиться только в процессе последовательного обоснования, исключительно в строгости подлинной формальной демонстрации.

¹⁶ Исключенных из теории В.И. Ленина, интерпретирующего их как, если и имеющих значение, то только для человеческого мышления (Varga Cs. A magatartási szabály és az objektív igazság kérdése' [Rule of behaviour and the issue of objective truth, 1964] / Útkeresés Kísérletek — kéziratban [Searching for a path: Unpublished essays]. Budapest: Szent István Társulat, 2001. P. 4–18 [Jogfilozófiák].

¹⁷ 'künstliche menschliche Konstruktionen' по терминологии Георга Клауса: Einführung in die formale Logik (Berlin[East]: VEB Deutscher Verlag der Wissenschaften 1959), p. 72.

¹⁸ См.: Varga Cs. 1) Theory of the Judicial Process, 2011; 2) The Paradigms of Legal Thinking, 2012.

В то же время право является языковой игрой, созданной из соединения слоев различных языков принятого закона, реализованного на практике закона, правовой догматики и правовой науки¹⁹. А социально-онтологическая перспектива доказала, что все феноменальные формы права — включая также и идеологию — уходят корнями в непрерывность человеческой практики. Соответственно, *философия права* Фридриха Энгельса, то есть профессиональная правовая деонтология, является одним из онтических компонентов права. Это объясняет, почему различия между юридическим мышлением, свойственным гражданскому и общему праву — а следовательно, и канонам обоснования — имеют онтическое значение. Более того, именно подобный онтологический поворот²⁰ позволяет интерпретировать основание континентального права через позитивацию/принятие как временный результат непрекращающейся конкуренции за первенство и контроль за работой слоев в праве: то, что было (1) принято, (2) подкреплено и/или (3) реализовано в социальной самопроизвольности признавалось «правом»²¹. Сущность права — его компонентов, конфигураций и воздействий, находящихся в бесконечном потоке — лежит в непрерывности человеческой реконвенционализации в социальной практике.

Право создано из динамизма поступков, прогрессирующих в конкурентных процессах. Именно поэтому право с самого начала уподобляется процессу. Независимо от того, объективируется ли право в виде квази-физических форм, оно в любом случае управляется людьми. Следовательно, правовой формализм не может быть ничем, кроме реифицированного идола — на фоне человеческого участия и ответственности. Обращаясь к нему мы, люди, активируем право через непрерывную реконвенционализацию.

¹⁹ См.: Варга Ч. Правовая доктрина — в настоящем сборнике.

²⁰ Varga Cs. The Place of Law in Lukács' World Concept, 2012.

²¹ Varga Cs. Anthropological Jurisprudence? Leopold Pospíšil and the Comparative Study of Legal Cultures / Law in East and West: On the Occasion of the 30th Anniversary of the Institute of Comparative Law / Waseda University, ed. Institute of Comparative Law, Waseda University / Tokyo: Waseda University Press, 1988. P. 265–285.

Природа права и правовое мышление

I. Природа права

Наше представление о праве часто бывает упрощенным, и это в равной степени свойственно обывателям, профессионалам и ученым.

Согласно самому распространенному определению, право является совокупностью правил поведения, за которыми непременно стоит принудительная сила государства. Следует обратиться ко внутреннему «предпониманию», чтобы решить, можно ли безусловно принять такое определение или все же следует не согласиться с некоторыми его элементами. Это вопрос ожиданий. Когда мы рассчитываем, что определение должно позволить нам выделить несколько предположительно важных элементов, то нас вполне может устроить то, что приведено выше. Однако у нас возникнут большие сомнения в правомерности такого подхода, если мы будем рассматривать определение как выражение идей *рода*, которые служат общими основаниями в строгом логическом смысле [*genus proximus*] вместе с отличительным родовыми чертами, характеризующими закон [*differentia specifica*], для использования в качестве такого критерия. К примеру, может ли быть квалифицировано как правило поведения то, что еще не сформулировано, или то, что существует только в форме нормативных ожиданий, продиктованных культурой, или то, что является просто производным от уже признанных принципов? Можем ли мы считать, что их поддерживает принудительная сила государства, если государство о них фактически не знает — или потому, что нет государства (там и в тот момент), или потому, что государство может только пассивно узнать о них и, более того, постфактум (к примеру, после того, как некая процедура становится обычаем и признается в качестве обычая, обязано ли государство считать эту процедуру собственной нормой)? Но поскольку такое определение просто является обозначением нашего хода мыслей и способа решать теоретические дилеммы, приведенные выше вопросы теряют свою значимость. Это происходит благодаря тому, что определение само по себе может быть проинтерпретировано метафорически, а его содержание —

просто будет знаками и руководящими принципами, если нет ничего лучше. В противном случае, если мы будем рассматривать определение как понятийный ограничитель, не допускающий никаких других вариантов (*omnis definitio negatio est*), тогда, особенно в пограничных случаях, мы будем вынуждены делать выбор: что для нас предпочтительнее — принять то концептуальное направление, которое было задано определением, или вместо этого принять во внимание способность создавать критерии, неизбежно исключающие из сферы понятия все инородные образования (например, догосударственные или надгосударственные системы норм)?

«На основе сравнительного изучения правовых культур и рассмотрения исключительно социальной стороны дела, я могу сделать заключение:

(1) Право является глобальным феноменом, охватывающим общество в целом. Соответственно, преступные группировки (мафия, *Cosa Nostra*), экономические ассоциации (гильдии), тайные общества (религиозные и/или политические, такие как ранние христиане, гарибальдийцы), равно как и другие организации клубного или партийного типа, выпадают из области права, поскольку общество организовано территориально, а все эти группы являются закрытыми, включающими только так называемых членов. Если социальная организация является персональной, разделение права и неправа будет зависеть от того, является ли данная организация эксклюзивной, и если так, то теоретически сюда будет вовлечено все то, что связано с ее персональными категориями. Я предлагаю следующий подход:

(2) Право — это феномен, способный регулировать конфликты интересов, которые возникают в общественной практике в качестве фундаментальных интересов. В обществе за правом признается высшая функция контроля. Право регулирует отношения настолько фундаментально, что это позволяет создать само общество (посредством их структурирования и внедрения системы ограничений). В ходе урбанистического развития Европы в некоторых торговых ассоциациях регулировались конфликты интересов, относящиеся к обществу в целом. Если урегулирование конфликтов ограничено только отношениями внутри союза (к примеру, жизнь внутри торговой ассоциации, порядок внешних отношений, влияющих на их активность), его можно рассматривать как систему правил, встроенных в закон или существующих наравне с ним, но имеющих иной характер. В переходных ситуациях (например, в период распада властной структуры государства) политические партии могут взять на себя роль основного контролирующего фактора в обществе в попытке заполнить образующийся вакуум. Наконец, в религиозных обществах с такими сектантскими чертами, как привилегированность и стремление подчинить себе все стороны жизни человека,

может статься так, что, позиционируя себя как самодостаточные общества, они начинают использовать собственный набор правил в качестве правовой системы. Такие попытки можно обнаружить, к примеру, в обществах квакеров, отделяющихся от цивилизации (британские эмигранты XVIII–XIX вв.) или внутри цивилизации (американские поселенцы XIX–XX вв.). И, наконец:

(3) Право — это явление, представляющее собой высший контролирующий фактор в обществе. Если требуется утвердить в обществе ряд нормативных систем, положение права позволяет обратиться к нему в случае конфликтных ситуаций для принятия и осуществления окончательного решения.

Следует отметить, что действенность процедур никогда не бывает стопроцентной. К примеру, можно ли считать источником действия техасского права федеральное право США, если оно создается впоследствии? Как обосновать превосходство национального судопроизводства в случае прямых обращений к международным источникам права или вопросам прав человека? Как сдерживать преступные группировки, тайные общества, политические или религиозные организации в их стремлении утвердить свои претензии при помощи насильственного устранения (посредством убийств и т.д.) конфликтов с целью скрыть их от внешних властей? Предполагается, что эти общественные идеи усиливают друг друга. Чем полнее они представлены, тем с большей уверенностью можно говорить о праве в социально-антропологическом смысле»¹.

Что касается таких формаций, как догосударственные и надгосударственные нормативные системы, — это отдельный вопрос. В европейской истории XX в. встречается масса подобных запутанных ситуаций, когда, к примеру, после иноземной оккупации устанавливался новый государственный строй, его осуждал и репрессировал последующий строй, вернувшийся к *status quo ante* и провозглашавший недействительными и даже не имеющими права на существование основные установки предыдущего строя, а также юридическую силу его администрации. К тому же, такое государство-наследник может заклеить и подвергнуть наказанию ту часть гражданского населения, которая во время оккупации вступала в контакт (необходимый в повседневной жизни) с предыдущим и ныне отрицаемым строем, как будто жизнь в условиях оккупации и факт выживания обусловлены лишь предательским сотрудничеством с врагом.

¹ Varga C. Anthropological Jurisprudence? Leopold Pospíšil and the Comparative Study of Legal Cultures // Varga C. *Law and Philosophy*. Selected Papers in Legal Theory. Budapest, 1994. P. 451–452.

Во время Второй мировой войны из всего Советского союза страны Балтии и большая часть Украины первыми были оккупированы Германией на Востоке. Вначале возникло партизанское движение на волне национализма, оно желало любыми средствами добиться освобождения от советской оккупации. Затем возникло просоветское движение, особенно в болотистой местности. Влияние местной администрации, находящейся под контролем у немецких оккупантов, вскоре было оспорено через возросшее влияние (националистских и/или советских) партизан (чьи запросы и требования возрастали по мере роста их ночных рейдов). В то же время другие военные администрации (венгерская или румынская), балансируя между остальными двумя, пытались уравновесить ситуацию. Они старались подстраховывать себя, несмотря на союз с немцами, помогая местному населению выживать и иногда даже возвращаясь к нормальной жизни, они поддерживали разумные отношения с партизанами, чье существование в суровой действительности приходилось признавать. После войны при описи выживших Советский Союз обвинил в измене всех, кто действовал не вместе с СССР, и заклеил позором население даже тех территорий, которые считались германскими оккупантами ненадежными, и по этой же причине счел путь их развития не советским.

В бывшей Югославии после исчезновения королевства и немецкой оккупации возникли различные партизанские движения с национальным уклоном и сетью политических связей (с Лондоном, с Москвой и т.д.), они начали влиять на окружающие территории с различной силой и продолжительностью. К концу войны одно из десятков партизанских движений восстало против остальных. Это движение объявило остальных предателями, все законодательство, действующее во время оккупации, никогда не существовавшим по их собственному праву, а все отношения и прецеденты, имевшие место во время войны между населением и местной администрацией — неинституционализированными а, следовательно, *ex tunc* недействительными в зависимости от значимости их юридических последствий, личные же взаимоотношения рассматривались как содействие врагу.

Путаница, односторонность, упрощение и сужение границ понятия права изначально были вызваны тем фактом, что правовые идеологии, определяющие подвижность внутри права и особенно профессиональных споров (характеристики частных правовых культур), выступили за пределы собственной сферы, хотя и продолжали господствовать в общем подходе к праву (как обыденном, так и научном). В англо-американской правовой культуре (общее право), к примеру, в сфере прецедентов могло бы быть принято вышеприведенное определение, так как их практика (согласно

которой установление того, чем является право, производится судьей, действующим от имени закона и с разрешения государства) вполне сопоставима с понятийной сферой преобладающей идеологии. Такая практика рассматривает все остальное (к примеру, статуты, административные постановления и акты местной администрации, равно как и предшествующую судебную практику) как предшествующие фазы судебной функции принятия решений, в отношении которой предыдущие прецеденты рассматривались бы всего лишь как подготовительный этап. Однако правовые культуры континентальной Европы (цивилистические) могли бы также принять такое определение, ведь они отказались от некоторых оснований своей системы и поняли, что это именно то, что им нужно. Согласно их базовому понятию право вело свое происхождение от письменной фиксации неких ранее установленных правил. С нашей методологической позиции, помимо всего прочего, заслуживает внимания то, что такая вроде бы краткая и не несущая двусмысленности формулировка может служить основанием для почти полностью противоположных идей².

Помимо этого, правовой позитивизм, превалирующий (особенно в Европе) с конца XIX в., и, в особенности, его отпрыск — так называемый легистский позитивизм (признающий законы единственной формой права) — многое сделал для того, чтобы в нашем понимании право было материальным и статичным феноменом. Фактически, все культуры, рассматривающие право исключительно как форму ранее принятых законов, полностью растворяют *ius* в понятии *lex* (выводя его из этого понятия). (Определение такого рода будет одним из тех, что представляют право единственной совокупностью правил, созданных путем, предписанным законодательством, посредством определенной процедуры, до тех пор, пока «принятая» процедура и «предписанный» способ будут толковаться как операции официального института, связанного с принятыми формами, определенными в правоустанавливающем регламенте, например, в конституции. Однако если «принятие» и «предписан-

² Varga C. 1) 'Varieties of Law and the Rule of Law' // *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 82 (1996) 1. P. 61–72; 2) 'Rule and/or Norm, or the Conceptualisability and Logifiability of Law' // *Effizienz von e-Lösungen in Staat und Gesellschaft Aktuelle Fragen der Rechtsinformatik* (Tagungsband der 8. Internationalen Rechtsinformatik Symposions, IRIS 2005). hrsg. Erich Schweighofer, Doris Liebwald, Silvia Angeneder, Thomas Menzel (Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden: Richard Boorberg Verlag 2005). P. 58–65.

ность» будут просто фактами, возникающими из итогового социологического описания действительного функционирования, нам придется вернуться к понятийной двойственности или амбивалентности, присущей любой саморазвивающейся ментальной конструкции, имеющей социальную основу и подобной праву)³.

Как известно, правовой позитивизм, чтобы доказывать свою интерпретацию права, основывается преимущественно на переходе от дословной теории толкования значений к сущностной интерпретации. Таким образом, *lex*, чье значение представляется в систематизированном, неизменном и исчерпывающем виде, отождествляется с выражением закона в письменной форме. Как только это понятие готово, объективация завершена, она существует сама по себе и благодаря самой себе. И это не понятийная предпосылка к его существованию или элемент этого существования. Это завершающее дополнение, благодаря которому *lex* можно будет впоследствии использовать. Благодаря этому можно выявить законы хорошие и плохие, подходящие и неподходящие, осуществимые и неосуществимые, — вне зависимости от ценности самого закона. Европейская культура правового позитивизма все еще полагает, что право является статичным и самодостаточным, завершенным раз и навсегда, однажды данным и готовым к употреблению. Все, что от нас требуется, — это помнить о существовании права и использовать его везде, где полагается⁴.

Теоретический опыт предыдущих рассуждений толкает нас к их пересмотру. Научно-философские и методологические, когнитивные и семантические суждения подсказывают, что следует создать более сложную картину природы права. Эти суждения не опровергают предшествующие истины, но, тем не менее, дают более подробное понимание особенностей права. Они побуждают нас преодолеть материалистический и статичный взгляд на право, не отрицая тех онтологически значимых элементов, которые определяют его функционирование в соответствующих правовых культурах, то есть действующую на практике правовую идеологию, которая поддерживает деонтологию юридической профессии.

³ См. о позитивистском и социологическом понятийном формализме в сфере права, а также об их возможном синтезе: Varga C. 'Quelques questions méthodologiques de la formation des concepts en sciences juridique' // *Archives de Philosophie du Droit* XVIII (Paris: Sirey 1973). P. 215–241.

⁴ Varga C. *Lectures on the Paradigms of Legal Thinking* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1999) vii + 279 pp. [Philosophiae Iuris].

Далее мы представим обзор некоторых аспектов существования, природы и онтологического характера права, несмотря на тот факт, что они, в лучшем случае, внесут в наше понимание права лишь небольшое дополнение. Они не являются ни определениями, ни заменой определений. Если до этого мы приводили примеры того, как мы можем интерпретировать обычное определение согласно общепризнанным парадигмам, пережившим суд истории, то сейчас мы будем исследовать, как одно и то же определение можно интерпретировать правильно и допустимо согласно пересмотренным взглядам, как сформировать его на основе природы права и лежащих в ее основе парадигм.

1. Право как процесс

По определению и согласно онтологической основе, право — это процессуальное явление.

Если мы должны рассматривать текстуальный корпус права исключительно как историческую справку, как открытую потенцию внутри данной структуры, чтобы получить возможность установить его значение посредством операции, называемой судебной интерпретацией, тогда станет ясно, что такая текстуальная объективация является не более чем просто возможностью, которая становится действующим законодательством посредством актуализации. Такая актуализация имеет место в различных общественных процессах, официально называемых и признаваемых правовыми.

Однако, это идет вразрез со всеми предшествующими понятиями, так как строится на признании того, что право нельзя отождествлять ни с каким материальным проявлением или объективацией *per se* мертвого предмета. Следовательно, в качестве более развитой версии нашего предыдущего определения, это можно озвучить так: только через социальную опосредованность актуального значения правило поведения может стать законом, поскольку оно находится под покровительством принудительной силы государства. Однако социальная опосредованность любого значения не только предполагает существование своего означающего, но и определение самих значений. Ведь не существует значений вообще. Они устанавливаются только в конкретной ситуации, в конкретном контексте и в определенное время⁵.

⁵ Varga C. 'Kelsen's Theory of Law-application: Evolution, Ambiguities, Open Questions' // *Acta Juridica Hungarica* 36 (1994) 1–2. P. 3–27.

В других ситуациях и контекстах один и тот же текстуальный корпус может представлять множество значений, в разной мере родственных друг другу, и они будут изменяться в пространстве и времени. Однако следует помнить об одном следствии: так как право само по себе не является текстуальным корпусом, не является оно также и разновидностью практики отсылок. Оно будет скорее неким соединением обоих этих моментов: а именно, последовательностью актуализаций текстуального корпуса посредством практики отсылок к этому корпусу. Поэтому право следует понимать скорее как процессуальный динамический континуум, а не сводить его к статичному материальному предмету. Очевидно, что право создается социальными процессами, которые пользуются им посредством референции⁶. Таким образом, когда принудительная сила государства поддерживает подобный социальный процесс, мы должны допускать факт существования права.

2. Право как многофакторное явление

По определению, а также согласно своему онтологическому основанию, право является многофакторным процессом, то есть все его компоненты сами по себе являются процессами.

Вопрос о том, какие компоненты формируют право, предопределен историей общества и развитием культуры. Из известной нам истории (и из культурного и антропологического обобщения итогов социологических исследований)⁷ мы можем сделать заключение, согласно которому право будет (особенно при поддержке принудительной силы государства) восходить к (а) давлению традиционной практики общества, а также к (b) так называемому «правотворчеству» (включая, помимо прочего, законодательство) и (с) так называемому «правоприменению» (в том числе и в судебных решениях, то есть в практике «отправления правосудия, успешно и качественно осуществляемого посредством вынесения юридически обязательных постановлений»). Они различаются по функциям при условии

⁶ Varga C. 'Judicial Reproduction of the Law in an Autopoietical System?' // *Technischer Imperativ und Legitimationskrise des Rechts* / ed. Werner Krawietz, Antonio A. Martino & Kenneth I. Winston (Berlin: Duncker & Humblot 1991). P. 305–313 [Rechtstheorie, Beiheft 11]. Также опубликовано в: *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae* XXXII (1990) 1–2. P. 144–151.

⁷ Об особенностях природы канонического права (с отсылкой к церковной организации как отдельному субъекту и к конгрегации как отдельному кругу лиц) см., например, Erdő P. *Az egyházjog teológiája intézménytörténeti megközelítésben* (Budapest: Szent István Társulat [n.y.]). 31–32. P. 53–56 [Egyház és jog II].

силового разделения, входящего в состав институционализации, развивающейся вместе с рождением современного государства.

«Таким образом, если рассматривать онтологические основания права, оно окажется сложным явлением, включающим взаимодействие, интерпретацию и временное разделение — то есть, сложное действие как минимум трех факторов, а именно: правила, властного решения и действительного поведения. В любом случае, право не является гомогенным или статично самоидентифицируемым. Его качество как права может быть усилено или ослаблено, представлено более или менее законным посредством переплетения и/или разделения его компонентов. Ведь онтологически явление, поддерживаемое не только своей предустановленной природой, но и государственной практикой принудительных мер, применяемой во имя права и принимаемой обществом, в общем и целом, очевидно считается «более законным». То есть, чем органичнее оно сочетает три своих компонента, тем более гармонично будут выражаться его правовые характеристики. В то же время, право является динамическим фактором реальности; его компоненты отвечают на внешние вызовы всегда по-новому, и это вызывает внутренние сдвиги акцентов. В этом и заключается причина того, почему право не может быть самоидентифицируемым. Это непрерывное и бесконечное движение внутренних изменений, колеблющихся между более и менее законными, между крайними точками — когда нечто становится законным и когда нечто прекращает таковым быть. С одной стороны, такой подход помогает избежать опасности подмены одного упрощения другим — редуцирование к правилам редуцированием к конфликту. С другой стороны, он проясняет, что правило не является просто второстепенным элементом права. Необходимо меняться не столько его присутствие, сколько его роль во всем этом комплексе»⁸.

Все аспекты данного подхода обладают одной общей характеристикой, а именно: они учитывают природу правового процесса с самого начала. Следует отметить, что определенный общественный процесс приписал им юридический характер, и может оказаться, что ни один из остальных компонентов права не отрицает этого, а наоборот подтверждает. Одновременно с формальным, иерархическим и дедуктивным формированием действительности права посредством разложения правовой системы до самого ее нормативного основания, служащего базовой нормой, обратное действие начинает производить объединение. Это самоизменение действующих процессов, претендующих на звание правовых, построение от

⁸ Varga C. 'Anthropological Jurisprudence?'. Ibid. P. 443–445.

основания до вершины, а также и в горизонтальной плоскости — все это посредством взаимодействия поддерживает самоутверждение права на всех уровнях. Поэтому формальное происхождение правовой действительности (если двигаться сверху вниз) дополняется ее неформальным утверждением (если двигаться снизу и по горизонтали), подкрепляющим эту действительность.

Таким образом, может существовать идеальная схема, создаваемая самопозитивацией права, столь же идеологизированная, как и нормативизм легистского позитивизма в деонтологии юридической профессии, где предустановленное правило является всеобъемлющим и выводит юридическую действительность согласно кельзеновской теории градации. Реальное действие присоединяется к ней (или дополняет, или опровергает, или, в определенных условиях, даже заменяет), укрепляя или ослабляя ее, или даже действует параллельно с ней⁹.

Повторим, что это справедливо относительно всех компонентов: подтверждения и использования в качестве «законного» (то есть, как реализация «права») (а) традиционной общественной практики, (b) актов «создания» норм, а также (c) актов их «применения». Все эти три аспекта проходят двойное подтверждение: с одной стороны, через их происхождение посредством иерархического разложения действительности права, проводимого по вышеупомянутой схеме, и с другой стороны, через их самоутверждение посредством и в условиях данных основных процедур. Во время такого процесса самоутверждение (а) традиционной общественной практики, равно как и официального (b) правотворчества и (c) применения права, может равно представлять (и, фактически, всегда представляет) себя исключительно легальными, тогда как остальные процедуры, также претендующие на звание легальных, не могут оспорить эту претензию. В случае если не наблюдается обратного действия или если судебное решение получает юридическую силу [*res iudicata*], все это будет встроено в данный правовой порядок. Согласно такой картине, реальная сила любого одностороннего формального происхождения юридической действительности как теоретическая база

⁹ Что касается ранних форм примеров разделения права на «регулярно издаваемое право, которое не применяется; применяемое право, которое регулярно не издается; и применяемое право, которое издается регулярно», а также различия между «практикой создания права как объекта догматического подхода и практикой применения права как объекта социологического подхода», см.: Varga C. *Quelques questions...* Ibid. P. 226–229.

для ссылок обеспечивается циклической приемкой-передачей юридической действительности, а также подтверждением этой действительности в «горизонтальном» аспекте построения¹⁰.

Это утверждение подразумевает важные допущения касательно природы и понимания права, а именно, (1) оно представляет и идеологию, и деонтологию юридической профессии (следовательно, например, доктрины позитивизма права и правил в континентальной и англосаксонской правовых системах)¹¹ только как внутреннее самоописание права. Это самоописание не зависит от критериев так называемых официальных и признанных способов и возможностей обобщения права, равно как и от того, открыто ли оно для каких-либо форм и проявлений права, включая те, что могут вступить в силу после продолжительной промежуточной деятельности, пока они не будут признаны уже принятыми более высшими формами. Это еще одна важная ступень в осознании, что (2) отказ от узкого одностороннего и материального взгляда на право, равно как и от определений, предоставленных нормативными конвенционализациями допустимых способов обобщения права. Она дает возможность понять, что реестр допустимых способов обобщения права не может быть первично определен как отвергающий динамизм. Такое определение встречается в социально-правовых схемах, например, в практиках, укоренившихся в правоприменении. Следовательно, возможность возобновить деятельность (провести повторное испытание с позиции реконвенционализации) географически и исторически различающихся путей является вполне реализуемой, и, в принципе, способной к борьбе за существование. С учетом всего этого, в теории (3) происходит отказ от абсолютизации любого устоявшегося образца в качестве

¹⁰ Krawietz W. 'Die Lehre vom Stufenbau des Rechts — eine säkularisierte politische Theologie?' // *Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen* / ed. Werner Krawietz & Helmut Schelsky (Berlin: Duncker & Humblot 1984). P. 255–272.

¹¹ «Я считаю, что в случае с обществами, которые отождествляют право и правила, выдвигается вперед идеологическое понятие права, согласно которому границы права являются юридически регламентированными, а сферы реального поведения и судебных решений, «реализующих» право, — полностью самостоятельными. Так как это является предметом идеологии как самой профессии, так и системы институтов, призванных поддерживать ее функционирование, здесь можно уловить отражение идеала. Теоретически реализация этого идеала не является невозможной, но из-за сложных определений, используемых на практике, осуществляется он лишь приблизительно. Таким образом, в обществах, отождествляющих право и правила, нормы, установленные и зафиксированные определенным способом, превосходят средства и посредников правовой нормативности». Varga C. 'Anthropological Jurisprudence?' Ibid. P. 442–443.

единственного, важнейшего или приоритетного способа формирования права. Все это дается на откуп истории, то есть самостоятельной способности общества выбирать и решать, какой из представленных способов обобщения и формирования явления, считающихся правовыми, окажется исключительным, важнейшим, приоритетным, признанным или просто наиболее приемлемым. Вследствие этого (4) возникает понимание того факта, что множество путей создания и формирования права могут одновременно сосуществовать и утверждаться в общественной практике — конечно, с различными результатами, силой и продолжительностью. В конце концов, это утверждение является функцией общественной саморегуляции в случае, если один из этих путей формирования права окажется доминирующим или «официальным», позволяя остальным существовать свободно или же, наоборот, стараясь исключить или запретить все или хотя бы некоторые из них. В то же время, (5) независимо от того, что мы думаем о каждом из этих путей формирования права, ни один из них не может существовать отдельно от других: они действуют в среде взаимовлияния, усиливая или ослабляя друг друга, или же просто действуя параллельно.

Что касается фундаментальной природы права, оно является многофакторным феноменом. Его особенность основана преимущественно на том факте, что его многофакторность может быть определена и установлена, в принципе, в каждом из его компонентов. Многофакторность не является просто характеристикой, выражающей последовательные (в воображении или в действительности) фазы, это характеристика, реально господствующая (везде и всюду) каждый момент времени. Ведь мы можем вскрыть каждое правовое явление, с одной стороны, особым наиболее существенным способом, а с другой стороны, мы можем отметить, как его изменяет (усиливает или ослабляет или же обеспечивает особой поддержкой) сосуществование или противостояние с остальными путями формирования права.

Определяя фундаментальную природу права, мы должны помнить, что (1) право нельзя рассматривать как нечто статичное и материальное, неизменно самотождественное. Оно скорее представляет собой изменяющуюся и динамичную идею, выражающую процесс общественной практики. Следовательно, (2) не стоит думать о праве как о некоем едином организме, так как оно состоит из различных действий, которые поддерживают или ослабляют или даже нейтрализуют (уничтожают) друг друга ввиду их параллельной

или противоположной направленности. Поэтому (3) мы не можем с самого начала делать категорические утверждения относительно некоей изначально заданной исключительности отдельных компонентов права и относительно того, «правовые» они или «не правовые». Следует сформулировать это более точно: то есть, определить «правовое» или «внеправовое» с позиции того или иного признанного или действительно доминирующего способа осмысления происхождения права. С этих же позиций можно определить «более правовое» и «менее правовое». Наконец, (4) так как право является непрерывным процессом, мы не можем помыслить его в его целостности (то есть помыслить «право вообще») как единообразное, завершенное и неизменно самотождественное. Будучи явлением, получаемым посредством различных беспрестанно действующих и противодействующих процессов, оно всегда будет демонстрировать различные стороны, компоненты и способы формирования (с возможностью временных конфликтов и одного окончательно на данный момент результата) в каждый момент времени. Поэтому в каждом таком признанном или действительно доминирующем осмыслении возникновения права оно постоянно выявляет и усваивает действия и состояния превращения в право и прекращения быть правом (всегда в относительном и временном смысле, так как право измеряется по ранее упомянутым уровням «более правового» и «менее правового»).

3. Право как конструкция, состоящая из актов

По определению, а также согласно своему онтологическому основанию, право является многофакторным процессом, состоящим из суммы актуализаций, выражающихся в цепочке различных связанных между собой и исторически обусловленных актов.

Мы можем утверждать, что это некоторое *condition générale*. То есть, это глубинная характеристика правового развития во все времена, хотя только с недавних пор она стала чаще встречаться в качестве критерия для описания природы права. Это подтверждает, что наша общественная жизнь все более переходит под контроль права и встает на юридические пути развития: правовое посредничество и особенно общественная поддержка (как общественная, так и профессиональная) юридического способа решения вопросов только недавно установились в более развитых странах с более сложной и дифференцированной системой институтов. Или, если говорить более философским языком, возрастающая социализация и усиление

юридического посредничества в общественных процессах приводит к усиленному акцентированию внимания на выборе установленных способов трактовки происхождения права, этому выбору уделяется больше внимания, чем урегулированию конфликтов посредством властного решения или конкретной официальной актуализации латентных или потенциальных посланий права.

Используем символические образы, которые, на первый взгляд, могут показаться странными: (а) юридическое давление на традиционную общественную практику может напоминать бурлящий поток, (b) «*legis latio*» как цепочка дискретных действий может походить на движение тяжелого шагающего экскаватора, и, наконец, (c) «*juris dictio*» вместе с массивом авторитетных (административных, судебных и других) решений, последовательно взятых во времени, напоминает нам сок, беспрестанно льющийся из специальных труб на фабрике по разливу напитков. Потребность в регуляции невероятно возросла в наши дни¹². Множество ситуаций требуют моментальных решений и вызывают непрерывный поток актуализаций посредством генерирования законов.

В то же время, современные когнитивные науки установили, что, согласно глубокому анализу, все более или менее сходные события повседневной жизни состоят из актов. Акты представлены в рамках установленной схемы. В меняющемся контексте они переживают изменения акцентов и значений (иногда незаметные и не существенные для них), которые можно приписать к глобальному ходу перемен. Соответственно, традиции и нововведения, рутина и творчество, с одной стороны, подкрепленные глубокими корнями, а с другой — потерянные в безграничности постоянно переутверждающейся *tabula rasa*, могут слиться с этими процессами и обрести единое органичное развитие.

Англо-американский и скандинавский правовой реализм, равно как и экзистенциальная философия права, всегда акцентирует внимание на судебном событии как ключе к проверке права в действии, и такая реализация вполне может использовать рассмотренное выше значение. Если социализация [*«Sozialisierung»* в социальной онтологии Дьердя Лукача] общественной жизни подходит к стадии, когда актуализованное право становится единственным вариантом права,

¹² Varga C. 'Joguralom? Jogmánya? Ésszerűség és anarchia határmezsgyéjén Amerikában' {on Paul F. Campos *Jurisma* (New York 1998)} // *Valóság* XLV (2002) 9. P. 1–10. URL: <http://www.valosagonline.hu/index.php?oldal=cikk&cazon=326&lap=0>; перепечатано в: *Az év esszéi* 2003, ed. Molnár Krisztina (Budapest: Magyar Napló 2003). P. 99–114.

обладающим истинным содержанием, тогда, независимо от того, что мы думаем о нашей жизни в условиях размерности прецедентного права или в рамках традиций правового реализма или экзистенциализма, «судебное событие», скорее, по-настоящему создаст право и донесет его актуализированное послание (если такое вообще будет). И, в свою очередь, это может повлиять на теоретическое объяснение, посредством которого мы сможем реконструировать остальные способы создания права, то есть, специфическое соединение, утверждающее юридическую действительность в формальной сфере права как в плане общественной практики, так и в плане значения «законодательства» в правотворчестве, то есть, в процессе официального постулирования абстрактных правил в качестве решающего источника права.

II. Природа правового мышления

На основе научного образа мышления и образа мышления юристов-профессионалов весьма сложно (если не невозможно) делать выводы, используемые в форме генерализованных утверждений. Особенности и отличительные черты права практически теряются в обилии возможных вариантов мыслительной деятельности в сфере юриспруденции. Ведь все, что человечество когда-либо создало более чем за шесть тысяч лет своей истории (от индукции до дедукции, от страсти к формированию понятий до религиозного аксиоматики, от вымыслов, метафор, символов и пр. до повествования с помощью пословиц, заповедей, аллегорий и притч), может быть описано в рамках права¹³. Все, что в данном случае является типичным для права (то есть, в отношении к чему можно сказать, что изучение права фактически приравнивается к принятию определенного образа мышления¹⁴), в основном, преподается академически в рамках

¹³ Это целая отдельная тема о том, что каждый индивид во все времена, используя все свои физические возможности и человеческие силы, принимает участие в действительном решении проблем безотносительно специфической формы и гомогенизации, которые потребуются для последующего окончательного основания. См.: Hadamard J. *The Mathematician's Mind The Psychology of Invention in the Mathematical Field* [1945] (Princeton: Princeton University Press 1973) xix + 143 pp. [Princeton Science Library]. Философская мысль изначально относится к вопросу о темпераменте [Thomas Nagel *The View from Nowhere* (New York: Oxford University Press 1986). P. 10], равно как и практический опыт и воображение. См.: Jeffrie G. Murphy & Jean Hampton *Forgiveness and Mercy* (Cambridge, etc.: Cambridge University Press 1988). P. 186 [Cambridge Studies in Philosophy and Law].

¹⁴ Симптоматично, что последние попытки — такие как: Samuel G. *Epistemology and Method in Law*, Bagnall G.P. *Law as Art* (Aldershot: Dartmouth 2003) [Applied Legal Philosophy] — были нацелены на доказательство того, что как опера не

сравнительного изучения права в сферах, специализирующихся на сравнении правовых культур и судебного мышления¹⁵.

Следовательно, наш самый очевидный вывод находится в рамках существующего методологического видения и содержит утверждение о том, что любое понятийное определение может стать частью права (по крайней мере, в некоторой степени) и, таким образом, любая понятийная операция может стать предметом правового мышления (по крайней мере, в некоторой степени). Соответственно, доктринальное изучение права [*Rechtsdogmatik*] — предстает не более (и не менее), чем как строгая понятийная проработка любых определений в юридических целях (по крайней мере, в некоторой степени) — посредством дефиниции, классификации и систематизации.

Таким образом, нам больше нечего добавить, так как условия, от которых зависит то, чем окажутся пути и средства юридической аргументации (то есть, обретения юридической действительности и получения выводов, допускаемых в данном правопорядке), будут определены самим правопорядком на основе возможностей, присущих лежащей в его основе правовой культуре и идеологии (взятой в качестве профессиональной деонтологии), что поможет преобразовать все это в профессиональную практику. Проведенное выше исследование выявило, что ни право, ни правовое мышление не могут существовать сами по себе: любой формальный носитель знаков может быть осмысленно проинтерпретирован только в собственном неформальном контексте и условиях. Эта среда является системой, называемой правовой культурой, которая, в свою очередь, укоренена в общей культуре общества. Помимо всего остального, правовая культура включает этос и ценности юридической профессии, ее чувствительность к проблемам права и ее понятийную и референтную систему, судебные и административные навыки и практики, а также нравственные ожидания относительно юридической профессии. Правовая идеология, с другой стороны, состоит, в основном,

сводится только лишь к партитуре, а является профессиональной постановкой, направленной на достижение определенного эффекта, так и право не сводится к списку правил, но представляет собой образ мышления.

¹⁵ См., напр.: *Comparative Legal Cultures*. ed. Csaba Varga (Aldershot, Hong Kong, Singapore, Sydney: Dartmouth & New York: The New York University Press 1992) xxiv + 614 pp. [The International Library of Essays in Law & Legal Theory, Legal Cultures 1], особенно главы IV; Gessner V., Hoeland A., Varga C. *European Legal Cultures* (Aldershot, Brookfield, Singapore, Sydney: Dartmouth 1995), xviii + 567 pp. [Tempus Textbook Series on European Law and European Legal Cultures], особенно главы II. P. 87–166.

из сформированной правопорядком концепции того, как «конструировать» право и «оперировать» им, то есть, концепции природы права, источников и критериев юридической действительности, а также условий выведения заключения и возможные последствия этого заключения.

Таким образом, наиболее общая характеристика права, свойственная также и правовому мышлению, такова, что (1) право само по себе создает элементы собственного состава при помощи образующихся границ и критериев, (2) строго (без всякой диалектики и компромиссов) определяя элементы тех формальных фактов, которые могли бы составить юридический казус в сфере права. Следовательно, (3) право должно выбирать из альтернатив, определенных его бинарным кодом¹⁶, те, что относятся ко всей его конструкции, действию и формам проявления, особенно, если нечто находится одновременно в рамках права и вне их и квалифицируется равно как правовое и не правовое¹⁷. (4) Право само по себе также устанавливает условия проведения этого отбора при помощи собственной «системы исполнения»¹⁸. Таким образом, (5) право является норма-

¹⁶ Выражение Никласа Лумана. См.: Varga C. 'On Judicial Ascertainment of Facts' // *Ratio Juris* 4 (1991) 1. P. 61–71.

¹⁷ «Как известно, 'оценка фактов' предопределяет решение с самого начала, очерчивая круг, из которого можно выводить следствия. Если выражаться в понятиях дихотомического противостояния альтернатив, действия второстепенных по отношению к понятиям фактов, равно как и механическое выведение следствий, могут осуществляться лишь безусловно и окончательно, без всяких умозрительных (классификационных или систематических) альтернатив наподобие разделения/распределения оценки или вывода. То есть не допускается никакого *reservatio mentalis* осуществимости дальнейших оценок. Следовательно, если данные факты были оценены определенным способом, весь регулятивный механизм становится применимым к этим фактам. Важность же всех остальных постановлений автоматически становится несущественной для данной оценки. Фильтрация процессов посредством понятийных схем — это только характеристика права и догматически выстроенных искусственных систем, таких как дедуктивная теология или правила игр» (Varga C. 'Legal Logic and the Internal Contradiction of Law' // *Informationstechnik in der juristischen Realität Aktuelle Fragen zur Rechtsinformatik* 2004. hrsg. Schweighofer E., Liebwald D., Kreuzbauer G., Menzel T. (Wien: Verlag Österreich 2004). P. 49–56 [Schriftenreihe Rechtsinformatik 9]).

¹⁸ «Категоризация приобретает определенную форму благодаря тому факту, что некий телеологический проект (право) с необходимостью производит другой телеологический проект (свое применение), и поэтому уже упомянутая диалектика и вытекающий из нее конфликт классовых интересов становится важнейшим определяющим фактором, а логическая категоризация основана на этом только как форма явления». Lukács G. *A társadalmi lét ontológiájáról* II (Budapest: Magvető 1976). P. 220. См. Эту работу на немецком языке: Lukács G. *Zur Ontologie des gesellschaftlichen Seins: Die wichtigsten Problemkomplexe* // *Archives and*

тивно закрытым, но открытым для новой информации. Отметим, что следует проводить всё через фильтр права, чтобы получить правовую оценку (оценить нечто, к примеру, как нечто «обязательное», «запрещенное», «разрешенное» или «индифферентное»). Однако (6) такая оценка может быть получена исключительно посредством логической дедукции как предварительно закодированный ответ права.

Что еще можно сказать в таком случае в качестве обобщающего заключения? Существует как минимум одна общая характеристика различных правовых идеологий, а именно, потребность в том, чтобы право способствовало разрешению общественных конфликтов посредством превращения (через улучшение и стилизацию) реальных конфликтов интересов, в первую очередь, в мнимые конфликты внутри права, чтобы работающие в данный момент судьи могли дать свой собственный ответ от имени права, сформулированный на основе ценностей, принципов, положений, ссылок и проекций, признанных существенными для права, то есть основанными на праве и сделанных на его основе выводах. Такие ответы будут, в свою очередь, представлены как единственные и исключительные ответы от имени права, строго выведенные из его положений. Это процесс преобразования, который формальный анализ долго пытался определить как особенный (однако теоретически и формально необъяснимый) процесс казуального разрешения неразрешимых конфликтов (или пробелы «*non consequitur*») между правом и логикой, с одной стороны, и фактом и нормой — с другой¹⁹. Этот дуализм

Library (Budapest) M/120. P. 124. См. также: Varga C. *The Place of Law in Lukács' World Concept* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1985; reprint 1998). P. 145, сноска 300.

¹⁹ Что касается применения права, то эти конфликты нуждаются в судебном решении. Сами по себе они являются вполне реальными для общества наряду с их экономическими, политическими и нравственными аспектами. Но прежде чем сформулировать конфликт в своей мысли, судья должен превратить его в конфликт внутри права. Тогда в первой фазе манипуляции отбор и прояснение фактов данного дела производится в согласии с выбором и интерпретацией существенных в данном случае норм правовой системы. В этой фазе имеет место явление, которое неокантианская философия права называла конфликтом между абстрактной формулировкой права и конкретными фактами, составляющими дело. Тут же может выявиться пробел в праве или даже «критический пробел» (когда допустима одна «существенная» с позиции права норма, которая может повлечь нежелательный результат), который в англо-американской литературе часто называется «сложным делом» (*hard case*). Во второй фазе манипуляции конфликт, превращенный во внутриправовой, нейтрализуется, то есть, сводится к ложному конфликту внутри юридических рассуждений. Это происходит тогда, когда «составляющие дело факты», уже рассмотренные с судейской позиции, а также относящиеся к делу правовые по-

находится между двумя полюсами — с одной стороны, собственной сетью традиций, нормативно закрепленными утверждениями, признанными приемами, процедурами аргументации и практикой отсылок внутри права, и, с другой стороны, практической природой разбираемого вопроса и потребностью в практическом решении²⁰. Конкретное разрешение этого дуализма, то есть интенсификация напряжения между полюсами посредством возобновляющейся конфронтации с последующим приведением их в состояние покоя, может быть осуществлено только в герменевтически конструируемой ситуации и посредством такого процесса²¹.

становления, оказываются сформулированными, то есть обработанными так, что становится возможно представить ожидаемое решение как логический результат, выведенный из “составляющих дело фактов” и из “законодательства” с помощью “рассуждения”.

²⁰ Герменевтический анализ нашего объяснения понятия Бога обуславливает такую характеристику права (хоть эта сфера и существует отдельно, но все же стоит исследования): «Именно вопрос понимания возникает из отношений между источниками права и задачами отправления правосудия. Это происходит таким способом, что традиционные источники права могут пробить себе дорогу к современному судопроизводству, становясь источником понимания, бросаая свет на проблемы текущих дел в сфере права [...]. Ожидается, что, столкнувшись с текущими делами, традиционные тексты принесут просвещающее, проясняющее и руководящее слово, станут источником юридической интерпретации и, соответственно, судопроизводства» (Ebeling G. ‘Wort Gottes und Hermeneutik’ // *Zeitschrift für Theologie und Kirche* 56 (1959) 2. P. 224–251).

²¹ Как мы уже отметили ранее, «именно в рамках теории нормы Фикеншера “герменевтическое давление двигает герменевтический процесс к поворотной точке”, которая будет достигнута, когда “при наличии критериев объекта и правосудия более не будут возможны ни дальнейшая спецификация нормы, ни дальнейшее разложение представлений о фактах, которые составляют казус”» (Fikentscher W. *Methoden des Rechts* IV: Dogmatischer Teil (Tübingen: Mohr 1977). P. 100, 198. См. также: Varga C. *Theory of the Judicial Process The Establishment of Facts* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1995). P. 115.

Правовая доктрина: методология и онтология

1. Правовая доктрина в научно-теоретической перспективе

Доктринальное толкование норм права является не научным направлением, а в определенной степени поиском, и результат такого поиска — формулирование доктрины.

Трудность состоит в поиске соответствующего провозглашения различных проявлений права, чем то, что сделано с учетом многообразия его «языка». Соответственно, с одной стороны, существует право, а с другой — применение права, и между ними находится доктринальное толкование норм права, а также юриспруденция с соответствующими языками. Иными словами, право существует в книгах, материалах с нормативностью, которая следует из его действительной позитивации, а также право в действии, которое состоит из серии обобщений на основании бывшего, представленными актуальными решениями для преобразования позитивных правил в практическую реальность в пределах социального понимания окончательной принудительной силы закона в обществе. Таким образом, последний, как воплощение ожидаемого также является реальностью, представляя своеобразную нормативность и способность создавать нормативные эффекты косвенно. Исходя из логики, в области права, между и над этим нет ничего, кроме слов (слов-действий), которые используются для того, чтобы представлять и управлять ими в дискурсе, обращения а также на этапе обработки, что формирует метасистему благодаря их переформулированию на высшем системном уровне. На самом деле, сама цель проведения этого дискурса заключается именно в этой метасистеме: выявить и создать (в пределах догматического подхода) смысл, который скрыт за авторитетно выявленными номинальными формами права; который может быть истолкован как организованная согласованная система с помощью инструментов лингвистически-логического анализа. Цель концентрации в создании ряда научных повторных представлений является определение

«существенных» корреляций в словесных проявлениях власти права с его феноменальным выражением.

Важно понимать, что право и его применение здесь понимаются как два разных компонента, которые дополняют или конкурируют друг с другом. Соответственно, эти два компонента должны быть исследованы как части единой и интегрированной системы.

Все это означает, что доктринальное толкование норм права, в отличие от сугубо академической сферы, есть практическим действием. Это часть, расширение, завершение и увеличение практики, которая рассматривает, независимо от определенной текстовой формы, право как воплощение самого права, вызывая все правовые (*ius*) аспекты изложенного в тексте закона (*lex*). В этом случае, последний рассматривается как отправная точка всех начинаний и теоретических разработок, то есть всех рефлексивных интеллектуальных проявлений в законе. Осознавая ошибочный характер любой текстовой формы, правоведы пытаются делать языково-логические проекции (вместе с системной интерпретацией) на подобные тексты, и тем самым они неизбежно проводят их критический анализ, повышают четкость внутренних предпосылок, решают скрытые противоречия, заполняют очевидные пробелы и расшифровывают значение их терминов и понятий в пределах логики. На основании этих процессов, правоведы создают когерентную логическую систему, которая играет немаловажную роль в развитии права и его своевременном завершении.

Большинство отечественных крупных операциональных систем (заводы, мосты, гидроэлектростанции, компьютерные системы) некогда были разработаны научными талантами, тем не менее, связанные с ними результаты, не являются предметом науки, а в лучшем случае имеют сугубо практическое применение, появляющиеся вследствие объединения науки и результатов других форм человеческого понимания. Соответственно, доктринальное толкование норм права не только когнитивно признает, но и придает более сложную, лингвистически и логически организованную, более высокого уровня форму внешним проявлениям, которые в противном случае имеют смысл только внутренне, и связаны с его определенным произвольным внешним оформлением. Следовательно, ни один из результатов доктрины не может быть верифицирован или фальсифицирован (подтвержден или опровергнут). Поэтому мы должны сделать нашу окружающую среду пригодной для жизни, очистив наши вещи в знак тщательной практики и хорошей практичности.

Таким образом, развитие правовой доктрины является практическим шагом в направлении констатированного позитивизмом геометрического соотношения «право идеал», обходящего простое определение права, которое во всех его пробных формах остается условным. Иногда, конечно, этот процесс может быть более жестким, все равно не может достичь такой степени корреляции, эквивалентности и системной согласованности или аксиоматической строгости, которые по своей природе исключают возможность других видов (ре)конструкции.

2. Процесс продвижения концептуализации

Таким образом, когда мы концептуализируем имеющийся языковой материал по принципу определенной правовой системности, мы фактически создаем определенные таксономические локусы, состоящие из того, что в основном представляют собой случайные слова, которые используются из-за отсутствия лучшего способа коммуникации. Этот способ формирования таксономических единиц потенциально подлежит постоянным изменениям и движению, поскольку ответ на вопрос о том, что и на каком уровне, становится в итоге демаркационным пунктом (т.е. таксономическим идентификатором), обуславливается, среди прочих вещей, определенной внутренней динамикой и зависит от определенных колебаний. Вопрос в том, что и как именно будет функционировать то, что будет определено контекстом системы (например, простая функциональность того, что может использоваться как правило или принцип, или то, как одни и те же слова, используемые в различных областях, действительно могут иметь разные значения). По аналогии вся система претерпевает потенциальный риск вследствие концептуального разделения, классификации, категоризации, иерархизации в результате мыслительных операций. Тем не менее, это не тот случай, когда просто слова превращаются в понятия¹, а затем подвергаются манипуляции в рамках определенной логической цепочки; в основе вопроса лежит скорее то, что все это может служить в качестве строительных блоков и фундаментов для метасистемы, свойства которой будут определены посредством их интеграции в нее. Кроме того, именно такая метасистема является более условной и потенциально

¹ То, что автор пытался показать, утверждая, что понятие «правило» является общим для всех постулатов в западном праве, в то время как понятие «норма» — специфическим только для континентального права.

различной (по-разному выполняться и истолковываться), хоть и базируется на том же материале.

Если представим биполярное существование, где на одном конце есть «вещи языка», которые примеряют на себе определенную форму в любой момент времени, а на другом правовая доктрина как своеобразное «преобразование» прошлого в мантию «юридической таксономии». В действительности они могут быть изображены как текущие волны, которые всегда располагаются на противоположных полюсах своеобразного «видения бытия». С появлением права, его первое аналитическое понимание приводит к возникновению определенной «доктрины», чье практическое применение в догматической сфере также способствует образованию насыщенного юридического качества. Независимо от выявленного продвижения, право и его догматическая составляющая оказываются взаимно обусловленными. Выбор при наличии альтернативы, соответствующих предпочтениям, принятие одной из нескольких разных (конкурирующих) концептуализаций, выбор технической процедуры — это всегда увеличение вероятности определенного доктринального варианта. Несмотря на одни и те же признаки, широкий контекст политических усилий, направленных на право или общественный порядок-идеал, который проявляется в праве, может повторно утверждать догматические договоренности на высшем таксономическом уровне.

Подобная противодействующая волнообразная динамика, образующаяся между правом и его доктриной, выступает не только как постоянно действующая релятивистская сила, которая делает право зависимым от доктрины и наоборот, но и предотвращает образование такого статического состояния, при котором не может быть любого разумного обсуждения системной неизменности, фиксированного состояния постоянства, а то и определенной конечной лингвистически-логической эквивалентности. Таким образом, мы можем обращаться только к системному характеру фактического состояния или его герметичности. Независимо от того, каких больших успехов континентальное гражданское право (набор правил, которые становятся нормативными также через свою доктрину при повторном установлении как сферы взаимосвязанных норм) достигло на пути отделения от традиций классического римского права, подобное в итоге произошло в англосаксонском общем праве, где метод различения в прецедентном праве может привести к переосмыслению сообщения, которое может быть расшифровано в свете любого

по-новому представленного случая. Точнее, толкование права судьей (провозглашение, понятия «право») всегда предопределяется в каждом конкретном случае оценкой предыдущих решений, когда фактическая судебная оценка фактов может изменить сообщение, представленное с помощью прецедентов.

Итак, доктрина, с одной стороны, выполняет обещание полноты, а с другой всегда имеет преходящий характер, так как в любой момент времени находится лишь в состоянии развития. Независимо от степени завершенности ее концептуальной структуры при решении конкретных практических проблем, она по-прежнему проявляется в случайных ответах; и это тоже соответственно означает, что, подобно английскому праву, она подает примеры, и с самого начала предшествует ожиданиям исчерпывающей полноты. Другими словами, она имеет открытую текстуру, поскольку несет потенциал того, что «это также могло быть иначе», даже если это еще не случилось или уже не может стать чем-то другим. Однако по той же причине и это является другим полюсом двойственной природы доктрины, она в любое время утверждает, что уже конечная и окончательная (самозакрывание) в этом состоянии, хотя она может открыться уже на следующий день и быть неизменной навсегда как, собственно, вечность.

Есть еще один фактор системности юридической доктрины. Даже ее относительное постоянство является лишь вопросом реконструкции, функции выбранной точки зрения. Вероятно, можно найти фиксированные структурные точки в системе, которые обещают остаться неизменными со временем только при условии, что мы отождествляем корень постоянства в ее логической природе как системную аксиому. Тем не менее, так же, как с теологиями, построенными на откровениях, которые являются моделями для исследования доктринального толкования норм права, начиная поиск декодирования, понимания или осмысления вне авторитетности священного текста, мы должны признать, что сталкиваемся с прогрессивной цепью развития.

3. Идеальность против практичности в правовой системности

Если мы что-то понимаем, это может исходить из того факта, что мы уже имеем способность интеллектуально покорить предмет нашего теоретического исследования с помощью категоризации и классификации, т.е. путем его сравнения с чем-то уже истолкован-

ным и таким, что поддается относительной идентификации и дифференциации. С одной стороны, мы должны интеллектуальный / асиказ проработать, а с другой стороны — мы располагаем результатами предварительной обработки (как эксперимента). Т.е. мы имеем определенный уровень рутинной (и в значительной степени также подтвержденной) практики, на основе которой такое *comparatio* может быть осуществлено достаточно эффективно.

Наряду с существующими теоретическими возможностями, право не является и не может быть идеалистически совершенной, завершенной и замкнутой системой, поскольку именно оно является практическим действием, ответом на конкретные проблемы, то есть образцом, который создается путем нормативного приписывания перспективных целей ретроспективным основам. Когда мудрецы размышляли над всесторонним описанием мира с точки зрения законов природы, они могли постулировать предполагаемое существование «математического значения» внутри системы как чего-то, что неизбежно следует из их всестороннего изучения природы экономических процессов. Однако никакая большая степень понимания не является реальной в связи с постоянно меняющимся расположением бесконечного количества игроков и других соответствующих факторов, которые должны сделать систему слишком сложной для человеческого понимания, чтобы быть на уровне (это может познать только Бог). Хотя они и вправду взяли на себя задачу попытаться реализовать своеобразный идеал, они также согласились с предсказуемо неминуемым поражением их усилий, направленных на непосредственную реализацию этой задачи. Вряд ли мы можем сделать больше в любом конкретном случае, чем стремиться к следующей задаче, пытаясь таким образом придать смысл нашему присутствию на этой планете.

4. Концептуализация, систематизация, догматизация

Римское право в основном «проросло» из итальянских «семян», и его распространение на протяжении веков дало в результате разработку двух основополагающих понятий на европейском континенте, а также позволило установить, что идеальное *iūs* происходит от *lex* и поэтому неявно содержит оба компонента. Законодатель постулирует, что первым и самым главным является собственно право — всепроникающее, исчерпывающее и эксклюзивное. Это общее ментальное ядро, на которое опирались со времен развития европейской доктрины об источниках права, в рамках

которой законодательный акт постулирования права следует рассматривать как источник. Используя онтическую терминологию, в континентальной традиции право проявляется таким образом, а с гносеологической позиции — становится отправной точкой для ответа на все вопросы относительно права. На основе этого возникает идея, которая является исключительной для *applicatio iuris* в континентальном праве: право есть нечто искусственно созданное, что ощущается физически, объективируется и является отдельной действующей сущностью, которая в случае применения трансформируется, чтобы быть полезной для производного продукта, подготовленного судьей для принятия решения относительно констатации факта. Это ярко контрастирует с англосаксонской моделью, которая (в отличие от конца республиканского и имперского периодов) черпает вдохновение из римских моделей, появившихся ранее, и способна лишь показать наличие права путем индивидуальной актуализации идеала правосудия через решение судьи, объявляя а *posterion* нахождение *dikaion* наиболее подходящего, честного и справедливого решения в конкретной ситуации его высшим достижением.

Во-вторых, континентальная традиция видит в праве сообщение, которое уже достигло определенного уровня обобщения, опыт принятия предварительных решений, имевших форму *regolas*, которая (если объективирована) может управлять, унифицировать и указывать заранее установленные и предполагаемые каналы какой-либо процедуры, осуществляемой во имя закона. Соответственно, закон является образцом будущих решений, сформулированных в утверждениях общего характера. Все это, в отличие от англосаксонского восприятия, которое видит право лишь как особое и типичное проявление в каждом конкретном случае, которое так же могло бы быть другим, если бы мы или кто-либо другой должны были воспринимать определенный случай по-другому, чем председательствующий судья. Таким образом, континентальное правотворчество (*Rechtssetzung*) всегда действует в определенном вакууме, поскольку каждый раз, когда созидание права (*création du droit*) входит в сферу *legis latio*, когда закон появляется на том месте, где раньше было пустое пространство, — все это контрастирует с англосаксонским менталитетом, где возможная профессионализация законотворческой деятельности и ее превращение в промышленные масштабы производства не приводит к какой-либо завершенности «права» (в смысле окончательности, полноты или выполнения), а в лучшем

случае лишь дает пример: просто манифестирует как образец и похвалу на меньшую часть того, что, как предполагается, когда-либо существовало в качестве закона, а вследствие случайного судебного акта его именование возникло как результат.

Концептуализация закона, то есть разработка и трактовка языковых элементов, которые описывают правовые отношения группами понятий как компоненты логически возведенных конструкций, организованных в определенный последовательно расположенный общий набор, чтобы наращивать свою системность, будет достигнута в таком понимании права, которое исчерпывающе воплощено ее понятиями общего характера, и воспринимается как результат умственных операций с текстами права при его восстановлении на метауровне, интеллектуально возведенном на этой основе. Из указанного следует, что юридическая доктрина только формируется там, где закон проявляется в виде текстовой объективации; соответственно, все процедуры, осуществляемые во имя закона, должны быть основаны на формальных языковологических операциях обработки текстов. Каждый раз, когда современный идеал правопорядка распространяется за пределы простого (формального) качества текстового соответствия — через просто фактическое отсутствие такой текстуальности (как в англосаксонской традиции), или потому, что текст устанавливает заранее необходимое дополнительное требование личной этической убежденности в синхронизации или направленности на выполнение заданных значений, полученных на основе того, что трансцендентальная сила проявляет собственно текст (как в классическом еврейском или исламском праве) не может иметь никакой юридической доктрины. В общем праве, например, использование на основе судебной оценки похожих прецедентов зависит от особенностей конкретных дел, а типичные случаи, что фактически используются как примеры для ссылок, являются набором несвязанных между собой уникальных обстоятельств, среди которых ничто не объединяет их вместе в формальном смысле, соответственно, между ними тоже нет никакой логической связи.

Именно поэтому доктринальное толкование норм права является типично континентальным продуктом Средневековья и раннего Нового времени в Европе. Оно образуется подобно тому, как, начиная с XV в., в Болонье наши предки получили римское право согласно современному научному идеалу и консеквенциализму в соотношении «порядок-идеал». Этот, по сути, аксиоматический

идеальный порядок с методологией геометрии и математики непрерывно культивировали в течение веков, что привело к образованию таких основательных вторичных постулатов в научной аналитической работе, которая проводилась вокруг фактических первичных постулатов права, которые были в раннем Новом времени, когда была проведена правовая кодификация национальных государств, с целью установить связь конкретно между правом, его применением и научной обработкой, а также интерпретацией постулированных кодов национальных законов.

5. Нормы и принципы права

Право базируется на нормах, но не исключительно на них, хотя до сих пор они неизменно остаются основной формой установленного права. То обстоятельство, что методы принятия решений, основанные на принципах, и отдельные методы, основанные на справедливости, выдаются в наше время конкурирующими направлениями, это просто признак тактики борьбы за власть, то есть за то, как достичь превосходства, поскольку это задействует уже имеющийся потенциал с целью использования его для устройства во время перестройки, в соответствии с этими *desiderata* в пределах своей досягаемости. Ее элементы были известны с древнейших времен: ссылки на обозначение, оговорки, что означают для сообщества содержание общего блага и интереса, а также общественной безопасности, вынесение судебного решения в соответствии с заключением или полученного на основе неопределенно гибких правовых понятий.

Однако доктрина современных основных направлений не является новой и не предлагает никакой альтернативы. Это, возможно, ее радикальный стиль, который напоминает боевую тревогу и делает ее на первый взгляд необычной, поскольку она остается общим элементом того, что по закону: «окончательный результат решений в результате определяется самим законом». Если с точки зрения процедурных вариантов она не превращается в альтернативу назначения арбитража вне форума, она даже не распространяется на сферу других однородностей, которые противопоставляются ее собственной «четко правовой». Даже ее потенциально неопределенная природа не является чем-то другим, чем определено неопределенное [нем. *Bestimmte Undestimmtheit*] наполнение содержанием, которое в сфере права дается как исключительные полномочия судьи, назначенного для решения определенного дела, вместе с соответствующим усмотрением.

6. Теоретические и социально-философские перспективы

Мы знаем из лингвистики, что специализированные языки, использующие жаргоны даже в самых гомогенизированных сферах, коренятся во всеобщем использовании языка, и везде, где достигают предельного вопроса, они заимствуются из последних. Несмотря на теоретическую универсальность и самодостаточную обоснованность его логико-математического инструментария, усилия, направленные на создание чистого и единого языка науки, были напрасными. Или, говоря языком лингвистики, право является правом, не сводится к чему-либо другому, поэтому не может быть заменено каким-либо другим заявлением относительно права. Соответственно, все, что построено на праве, находится на метауровне по отношению к нему. Однако, как выяснилось, параллельно с правом (на которое можно сослаться вполне законно) еще три связанные однородности основываются на повседневной неоднородности в связи со сложными и непрерывными (неотделимыми) взаимоотношениями их соответствующих языков:

обычный язык	
язык права	язык юридической практики
язык доктринального толкования норм права	язык юриспруденции
обычный язык	

По отношению к закону юридическая практика находится на метауровне, подобно тому, как она работает в действующих ссылках, в то время как установлено, что авторитеты практики закона способны переписать то, что заявлено лишь для применения. Доктринальное толкование норм права находится в такой же ситуации, а юриспруденция, так сказать, наблюдает все это на расстоянии. Все эти четыре компонента, с одной стороны, влияют друг на друга, а с другой — все они находятся в среде обывденного языка, стимулируя и стимулируясь одновременно.

Если действительным является то, что на фундаменте, который прокладывается от обычного к языку юриспруденции, есть четыре частично и относительно разделенных (через постоянную

саморегомонизацию) уровня метасистем, то при условии, что это справедливо только для интеллектуальной реконструкции в сим-волизации, основанной на языке, позволяет сделать предположение о некоторых видах «способов существования» правового явления с «социально-онтологическими различиями» как системными двойниками.

Автор долго размышлял над тем, чтобы предложить существование конкурирующих компонентов права². При этом мы сталкиваемся со сложностью закона, вряд ли поддерживаемой социальной значимостью, а общая сеть посредников³, которые являются юридически дисциплинированными и социально стандартизированными, постоянно воспроизводится и управляется преимущественно обособленными блоками в секторе, предназначенном для права путем разделения труда в обществе. Некоторые чрезвычайно точные эмоциональные выводы, сделанные в результате последних соображений, позволяют социальной онтологии права дальше развивать его основы.

Как известно, разделенные сектора (хотя и работают вместе) в общественном разделении труда должны производить и постоянно воспроизводят пределы понимания, означающие движение вперед в качестве посреднической среды, при этом будут в значительной степени независимыми от всех отдельных определений. Кроме того, это шаг вперед, как вторая реальность, созданного человеком на основе иерархических структур, которые первоначально были внедрены в реальность, имеющую ярко выраженную возможность эффективно направлять понимание права в надлежащие искусственно образованные направления и предварительные определенные группы.

То, что в результате происходит, вряд ли является чем-то другим, кроме проектирования, которое дистанцируется путем материализации (отчуждается в материализованную объективность) в то, кем в действительности есть мы сами. Вместо самосозданной

² В отличие от права, которое авторитетно выполняется и обычно применяется в качестве закона, был сделан вывод, что вместо того, чтобы иметь «право» с четкими и точно определенными границами, мы можем только отметить явления, которые являются «более или менее законными» и «в том или ином смысле» находятся в постоянной динамике в направлении «преобразования или прекращения быть» правом.

³ Термин «посредничество» (нем. *Vermittlung*) в посмертно опубликованной работе Д. Лукача «*The Ontology of Social Being*».

надежности человеческой практики, которая является самовоспроизводящейся на уровне общества, мы переносим наше стремление к безопасности в концептуализированные конструкции, в логику и таксономию, и с этим, в результате, в метафизическое измерение. Таким образом, мы не можем выйти за пределы того, что уже было описано как психоаналитическая проекция, удовлетворение потребностей наиболее человеческих и, соответственно, вполне неистребимых врожденных аттавизмов, которые будут переносить наше стремление к власти в последующий комплекс, в мир с искусственными существами, которых мы постоянно создаем. Указанное выше, даже если оно рассматривается в контексте научной реконструкции, будет означать демистификацию идола, одновременно в своей дуальности, является необходимостью. Именно поэтому право образуется, поскольку подобные причины привели к тому, что человечество создало так называемую вторую природу, чтобы окружить себя, о чем свидетельствуют, в частности, доктрины.

Природа права.

Историческое сравнение правовой онтологии и правовой идеологии

I. Классическое наследие

1. Римское правовое наследие обеспечило Европе основы для развития двух различных традиций в Средние века и в Новое время. В ходе этого созидательного процесса, который начался в XVI–XVII столетиях, подходы к правовым характеристикам на нашем континенте и на англосаксонском архипелаге постепенно разделились. Их относительная изоляция была усилена неудачными попытками систематизировать право в Англии.

1. Континентальное европейское право

2. Как только это разделение произошло в континентальном европейском праве, от *ius*/права не осталось ничего кроме того, что было постулировано как *lex*/закон. В ходе этого процесса преобразований *regola*/норма, когда-то служившая в качестве дидактического упражнения и обобщения, превратилась в единственный носитель правового качества, набор лингвистических символов, которым предназначалось олицетворять собой право. С того времени любой, кто желал знать, что такое право, должен был обратиться к его олицетворению в нормах.

3. Этим самым и начиная с имперской эпохи в Риме, такая форма стала единственным источником любого содержания, скрытого в ней и благодаря ей. Конечно, эта форма с легкостью может оказаться казуальной, произвольной и/или ошибочной; тем не менее, ничто другое не может быть принято в качестве права, кроме в точности того, что было утверждено как эдикт. Эта форма более не является внешним одеянием, скрывающим идеи законодателя, но единственным ее вместилищем.

4. Следовательно, право — это текст, имеющий значение, которое может быть установлено в результате проведения текстового анализа, т.е., при помощи лингвистических и логических средств, используемых для поиска связей и их раскрытия.

5. Сам тот факт, что право содержится в нормативных текстах и, следовательно, на практике оно рассматривается текстуально, делает возможным при его юридическом толковании создавать концепции из слов, использованных в правовой текстуре, в ходе проведения классификаций. Это более не простые слова, а концептуализации, используемые для представления различных аспектов реальности, концептуализации, развившиеся в сложную и иерархически организованную смысловую систему, которая определяется взаимоотношениями ее компонентов с четко определенными контурами. Эти концепции позиционируются как локусы таксономической системности, возведенной на месте просто слов.

6. Однако такая концептуальность не обусловлена непосредственно самой текстурой права; слова, используемые в *gesetztes Recht* [позитивированном праве] просто не содержат ее. Для *legislatio*/законодательного права это всеобъемлющее практическое действие. Это волевой продукт агента, уполномоченного издавать нормативные тексты. Это простой результат некоторого *volitio*/волевого действия, условного в принципе, отчётливо третейского в философском смысле, поскольку опционально оно могло бы быть также каким-то другим.

7. То, что вовлекает право как таковое в концептуальный мир — это используемый правоведами концептуальный анализ: классификация и построение системы, посредством которой юридическое осмысление внутренних связей правовой субстанции создает концепты путем проведения аналогий между отдельными словами или разбивая и/или расщепляя уже сформированные концепты на другие. В качестве очевидной религиозной аналогии, которая поддерживается памятью строгой концептуальности, заимствованной из Библейских текстов — это то, что мы называем *Rechtsdogmatik*/правовой догматикой. Такая доктрина является продуктом деятельности ученых правоведов, анализирующих правовые тексты с намерением выявить внутренние систематические связи, имея в виду достижение этой доступно совершенной концептуальной систематической сети из этого рабочего ресурса. Однажды учрежденная, такая доктринальная сеть (с реальной приобретенной формой) формирует инфраструктуру понимания вокруг права, т.е., слабую (хотя и неформальную) нормативную среду, которая уже служит как вид предпонимания [*Vorverständnis*] для всех видов правовой деятельности, когда профессионалы начинают работать с нормативными или другими правовыми текстами.

Принципиальным является то, что правовые тексты сами по себе были и останутся случайными и ненадежными. Их понимание человеком в данной культуре наполнится таким доктринальным знанием, постепенно всецело будет определяться последним.

8. Если правовой текст видится упорядоченным концептуальными ограничениями и дополнительными уточнениями, то любая идея о праве, которую мы можем сформировать, будет изначально отмечена системным подходом к *locus*/месту, основные черты и определения которого уже будут выведены из его систематического определения.

9. Таким образом формируется *mos geometricus*/геометрическая парадигма мышления. Этот концепт идет из движения, характеристичного для XVI в. В рамках этой интеллектуальности совершенствование права видится в рамках серии операций, подобных математическим, на основе которых должен быть получен идеал для построения совершенной системы, одновременно закрытой и эксклюзивной, которая, в соответствии с аксиомой Эвклида, если будет оспорена, то может быть только заменена другой, принципиально новой системой.

10. Идеал права, представленный такой идеей нормативной системности, в то же время продуцирует свою пару и завершение, отраженные в мире фактической реальности, на которую ссылается право. Это *Tatbestand*/фактические обстоятельства дела — термин, взятый как совокупность фактов, составляющих судебное дело в праве, — которое может быть осмыслено только в рамках доктринального подхода к праву. Понятие о *Tatbestand* — продукт континентальной культуры середины XIX века, идеи, которую юридическая наука сократила до развития *Begriffsjurisprudenz* [концептуального правоведения]. (Неслучайно, что термин *Tatbestand* не имеет точного эквивалента в английском языке, в котором — без какого-либо дистанцирования *Rechtssetzung* [правотворчества] и *Rechtsanwendung* [правоприменения] практикуется отправление правосудия (вместо 'применения' права) — оно может быть только ограничено «наличествующими фактами», «фактическими обстоятельствами» или «фактами, составляющими судебное дело»).

11. В соответствии со своей теоретической моделью, правоприменение проецирует мир норм на мир фактов, приписывая второму нормативные требования первого. Другими словами, то, что смоделировано здесь, является набором аспектов реальности тех действительных событий, действий и ситуаций, которые, подобранные

одни к другим, в своей целостности определяют особый *Tatbestand*, взятый как случай из правила, представляющий те аспекты реальности, которые определены с помощью абстрактных формулировок нормы, в связи с которыми норма определяет некоторые правовые последствия (или санкции).

12. Эта модель основана на логическом включении. Тут подвергается сомнению индивидуальная актуализация того, что норма определила вообще. Начиная с нормы, это будет основанием логической необходимости юридического силлогизма [*subsumptio*], который приведет к судебному решению, основанному на данной норме и выведенному из ее всеобщности.

2. Англосаксонское право

13. Англосаксонская ментальность развила совсем иную модель правового регулирования и судебного разрешения конфликтов из того же римского наследия. Она продолжила стремление римской юриспруденции к методичности, не слишком далеко отходя от древних еврейских и исламских традиций. Она не искала нерушимости в концептуализированном обобщении или в достигнутой системности; она не полагалась исключительно на силу общегосударственных установлений, которые, кажется, могут решить все вопросы. Она убедительно строила право через примеры, следующие другим примерам, прогрессируя через конкретные ситуации, ответы на которые находили судьи, конструируя свою модель, сравнивая ее с более ранними моделями. Окончательным итогом было то, что сами судьи, рассматривая отдельные дела, могли становиться агентами, декларирующими, какой правовая традиция (отображенная в конкретном случае) была всегда. Чтобы упорядочить сам процесс такой постоянной актуализации права, нужно было обеспечить в исполнительной мере дисциплину и разумную неизменность. Таким образом, англосаксонское право, которое развивалось казуально и индуктивно и было уникальным как настоящее отображение всей полноты жизни, могло сохранить некоторую восприимчивость к практическому разуму и ограничениям повседневной морали, несмотря на то, что оно могло также успешно отделить себя от неоднородности ежедневной жизни посредством развитого им искусственного основания¹. С одной

¹ «not to be decided by naturall reason but by the artificiall reason and judgment of Law, which Law is an act which requires long study and experience, before that a man can attain to the cognizance of it; [...] and which [Law] protected his Majesty in safety and peace».

стороны, при вынесении судебного решения право ссылается на то, что оно основывается на неписанных нормах, но, с другой стороны, оно воздерживается от декларирования того, какие именно *regolas*/нормы были использованы. В результате, почти до нашего времени не развивался вид доктринальной культуры, который может строиться исключительно на общих абстрактных нормах. Даже литература тут отвечает на практические вопросы в основном в рамках функциональности и практичности.

II. Реальность в нашем подходе к праву

14. Возникает вопрос, согласуются ли наши взгляды, сформированные на праве в культуре романо-германского права, с институциональной реальностью. Ответ может быть только амбивалентным, состоящим из двух частей, поскольку он формируется на различных уровнях.

1. Как профессиональная деонтология

15. Наша предыдущая характеристика является правдивой в описательном смысле в той мере, в какой она касается идеальной модели нашей правовой мысли. Для идеологии как вида профессиональной деонтологии, *juristische Weltanschauung*/юридическое мировоззрение было и, несомненно, остается присутствующим в нашем подходе к праву, укорененным в нашей континентальной культуре. Идеология — это сознание, которое влияет на практику. Это часть культуры, устанавливающей рамки, в пределах которых мы интеллектуально воспринимаем мир. В пределах таких рамок мы формируем ключевые категории для понимания мира, в это же время мы также чувствуем и/или атрибутируем определённые ценностные контексты этого/этому же мира/миру. В свою очередь, *juristische Weltanschauung* является краеугольным камнем правовых культур, формирует возможности человека (умения и восприимчивость), при помощи которых мы можем чувствовать право вообще и искать отвечающие ему пути и сферы деятельности. Как следствие, независимо от ее эпистемологического статуса (а именно, от вопроса, будет или нет наш специфический закон реально действовать определенным образом, согласно определенным условиям и критериям), профессиональная деонтология юристов является частью подлинной онтологии правовых механизмов.

2. В ее теоретическом объяснении

16. В то же время теоретическая реконструкция поднимает справедливые вопросы, такие как: из чего на самом деле состоит суще-

ствование права, каковы последствия его лингвистического отображения, каковы шансы людей как исключительных социальных акторов, и последний, но не менее важный вопрос, в чем конкретно заключается их ответственность? Таким образом, исследование идет еще глубже: может быть, мы сами являемся пассивными наблюдателями в структуре, работающей как часы, поскольку право работает квазиавтоматическим образом как тщательно логически аргументированное в пределах своего чистого формализма, превращенное в гомогенную сеть, уполномоченную выдавать свой результат, и которое может непрерывно репродуцировать себя на основании своих собственных допущений, подкрепленных своими собственными законами и последствиями, сконструированное с некоторым механизмом защиты? Ответ может быть сформулирован только с точки зрения пригодности человеческой практики к самовоспроизводству через собственные традиции, как это характеризуется современными социальными теориями, с одной стороны, и неизменной ответственности человека, как она культивируется нравственным богословием, с другой.

17. Идеологическая точка зрения, которая подразумевается нашим *juristische Weltanschauung* [юридическим мировоззрением], использует и язык, и право как если бы они были простыми объектами, вдохновляющими такие отношения (например, логические), которые скрыты в / или подразумеваются самими вещами и объектами. Тем не менее, мы можем только что-либо утверждать о вещах и объектах.

18. В то же время право является тщательно дисантропоморфизированным (*disantropomorphised*). Абстрагируясь от подлинной природы нашего субъекта, мы привыкли вкладывать нашу веру во что-то еще — в особенности, в некое виртуально материализованное образование или защиту, спроецированную от нас самих на что-то вроде заместителя власти. Соответственно, мы начали рассматривать право как очищенную конструкцию, отчужденную от нас самих, как если бы она могла функционировать без нас, подобно дельфийскому оракулу или ордалиям, приводимая в действие как особый автомат для решения нашего дела, в который мы могли бы загрузить параметры данного дела, чтобы затем он мог из «черного ящика» выдавать единое окончательное решение.

19. Что касается модели нашей коммуникации, то мы должны признать тот факт, что право как лингвистическая практика может быть понятным только тем, кто обладает достаточными навыками,

чтобы правильно его использовать. Наш случай ни коим образом не является одним из немых знаков, которые увлекают нас или вызывают к нам. Ведь именно мы заставляем речь звучать, посылая или получая знаки как указатели. Конечно, мы не являемся изолированными Робинзонами. Мы обладаем общим социальным (и вдобавок профессиональным) образованием, социализацией и практикой взаимопонимания. Все это усиливается благодаря ежедневному использованию, пригодному для стилизованной языковой практики.

20. Конечно, язык не является точным, однако как наиболее доступный медиатор в социальных контактах и бизнесе, только такое амбивалентное средство может выполнить онтологическую роль языка. Более того, язык в принципе не может рассматриваться как недостаточно однозначный посредник или устройство для передачи смыслов. Когда мы определяем актуализированный смысл, мы делаем шаг вперед, но без улучшения самого языка его состояние остается, как и раньше, неопределенным. Наши нововведения или уточнения, сделанные однажды, неизбежно будут рассматриваться как «языковый туман», будучи проблематизированными в другой момент, и это продолжается бесконечно. В следующий момент мы будем располагать языком таким, каким он никогда не был: безмолвным и несовершенным советником. Это говорит о том, что в следующий момент мы сталкиваемся с новой ситуацией, с новыми ожиданиями в отношении лингвистического посредничества.

21. То, что может захватить и обязать нас — это ни язык, ни выраженное лингвистически право, а наши условности. В общественном взаимодействии мы, среди прочего, полагаемся на право. Мы призываем к нему, ссылаемся на него и толкуем его, пытаемся урегулировать свои дела в соответствии с предложенной им моделью. Право предлагает ориентиры для разрешения спорных практических вопросов. Оно предлагает указания и нормативную модель. Оно служит нам, вклиниваясь между нами, разделяя партнеров в споре, будучи независимым от каждого из нас и располагая относительной согласованностью. Право является подходящим средством для посредничества, предлагая модель для наших действий. То есть, оно может создать модель разрешения споров — так, что при этом результат не будет ни моим, ни вашим, но заблаговременно предусмотренным в отношении всех подобных ситуаций, известных кому-либо. Итак, результат принимаемого решения уже смоделирован заранее.

22. В природе и общественной жизни нас окружают факты. В основном это факты простые и не опосредованные, «грубые» и бесфор-

менные. То, с чем мы сталкиваемся в правовом *Tatbestand* [собрание фактов, составляющих обстоятельства дела] — это уже институциональные факты. Право не может быть найдено в самих наших делах. Мы идентифицируем право главным образом вне и над ними, и вытекающим из элементарных формирующих компонентов наших дел, в то время когда мы интерпретируем их в нормативном контексте права, пытаемся спроектировать структурированные правовые послы на фактическую или гипотетическую ситуацию. Жизнь течет непрерывно, следуя различными путями. А право, говоря аллегорически, подобно затаившемуся пауку, то и дело ожидающему возможности нанести удар в любой выбранный им момент. Как только это происходит, право уподобляет все это жизненное событие (путем денатурации всей разносторонней сложности) усреднённой — упрощённой — нормативной модели [*Normierung*]. *Tatbestand* не может быть ничем иным как только фактическим отражением соответствующей нормы. Единственные характеристики, которые могут быть включены в качестве предписанных людям, это те, которые уже были определены как соответствующие в абстрактном регулировании.

23. Все это подобно искусственно созданным кошмарным призракам, ожидающим возможности своими сетями в гуще жизни выловить подходящие наборы решений. То есть, внешняя логика проектируется на жизненные обстоятельства исходя из различных возможных соображений. До того, пока мы не решили, что из тех или иных событий квалифицируется в качестве произошедшего в соответствии с правом, мы можем только молча размышлять об этом. Однако, как только мы это решили, мы начинаем стучать в каждые ворота: это есть то, и только то, более того, это образцовый случай того — как если бы то было изобретено с самого начала и только затем, чтобы санкционировать дело нашего клиента.

24. Возможно, что я принесу вам картофель. Однако я не могу знать заранее, когда и как мой или ваш адвокат назовет это: поставкой, средством или потребностью, возможно, предоставлением или нарушением владения, может быть, кражей, или чем-либо еще. В любом случае, внутренняя логика моего действия может значительно отличаться от того, что будет мне приписано правом. Это так, потому что за рассматриваемым действием может стоять свой собственный путь с его *ad hoc* «логикой», с открытыми альтернативами для каждого направления движения. И все это несмотря на то, что юридически составленный *Tatbestand* будет реконструировать из этого совокупное движение как однонаправленный процесс.

25. Декларированный результат нормативного предписания является аскриптивным. Правовой статус, согласно которому квалифицируются или классифицируются мои действия, будет определяться с намерением установления нормативных последствий права. Через сам факт квалификации события как дела определенной правовой категории мой случай уже решен. В праве ничего не описывается: мы только классифицируем разные реальные жизненные ситуации. Вместо того чтобы познавать, мы решаем, насколько можем разумно, основываясь на как можно большем количестве доказательств. Поэтому вместо преобразования действия во что-то логически необходимое (т.е. в категоризированное или логически очевидное умозаключение), мы подчиняем его чему-то еще с силой судебного волевого акта.

26. Стоит обратить внимание на изменение акцента с логической модели, беспристрастно устанавливающей необходимые связи между нашими обстоятельствами, на общественную онтологическую природу того, что в реальности производится нашим заранее задуманным социальным действием. Наше человеческое участие является креативным и учреждающим, неизменно что-то совершающим. Оно является произвольным в смысле логической необходимости, даже если оно бессмысленно, неоправдано или абсурдно. Можно сказать, что оно в большей мере практически разрешает проблему, чем мы ею заняты.

27. Все это приобретает вид решения. Решение никогда не могло бы быть принято по другому, без искусственного отсеечения всех других (допустимых) путей и способов в бесконечной серии сомнений, включая соблазн рассмотреть пересечения с альтернативными вариантами. Пока мы манипулировали (толковали и выстраивали) фактами на адекватной глубине, даже не завершена их юридическая классификация. Тем не менее, споры о том, что это было, как фактически это случилось и какие основания у нас есть, чтобы квалифицировать это как вариант того, могут быть разрублены только подобно Гордиевому узлу. Это все равно что сказать, что наша уверенность более не является абсолютной; поэтому такая уверенность будет сужена только до «судебной» (т.е., созданной правом), «рациональной» (т.е., ограниченной) и/или «процедурной» (т.е., имеющей юридическую силу только для конкретного судебного решения).

28. Вот почему рассмотрение дела в суде в конце концов завершается с законной силой [*res iudicata*]. Какое бы решение не было принято, оно более не может нас искушать. Оно должно быть в конце концов

выполнено, помещено в архивное забытие в качестве прошлого примера реализации превалирующего в то время права и порядка.

29. Размышляя о предписывающей роли права в обществе, мы должны представить, как многие тысячи наших ежедневных действий становятся предметом правочувствительных суждений, сколько из них делаются спорными, ожидающими судебного решения. И какой процент из последних в итоге вступит в силу без обжалования?

III. Сложность юридического мировоззрения

30. Унификация в институциональном оперировании концептуальными моделями с лингвистическими формулировками предполагает сложные конструкции, совмещенные с формированием навыков человека (психических и операционных), соответствующих им.

1. Сложность континентальной [романо-германской] правовой ментальности

31. В континентальной [европейской] правовой игре в пределах спектра возможностей процессы применения права строятся по аналогии с познавательными процессами, являющимися общими для всех наук: прочные основы (как ступеньки), логически обоснованные действия (инспирированные математикой), строгая методическая интерпретация (норм) и проверка (фактов), все неоспоримо доказано. Этой аналогии сопутствует юридическая идеология. Она предполагает логичность как безальтернативную необходимость. Поскольку вся конструкция управляется людьми, кажется, что юристам отведена только роль полицейского, регулирующего дорожное движение. А за кулисами нет ничего, кроме нашей профессионально развитой социализации, требующей, чтобы достигалось единственно правильное решение из всех доступных альтернатив, решение, которое может быть идентифицировано в пределах полноты правильности — ложности.

2. Сложность ментальности общего [англо-американского] права

32. Ранее мы рассмотрели англо-саксонский подход с позиций европейской континентальной перспективы как освобожденный от идеологии, поскольку он изобилует знаками неподдельной природности без искусственной опосредованности. Обычно не осмысливается тот факт, что даже его базовое окрашенное мифами определе-

ние изначально сформировано идеологически. Этот подход генерирует юридическую декларацию о том, чем является право, исходя из постулируемой позитивности старинного обычая Королевства. Более того, он явно дистанцируется, сводя всю игру в справедливость к тонкостям и приемам юридической техники вместо логической ясности и прозрачной предсказуемости континентального *Professorenrecht* [профессорского права]. Вот почему его потребности являются поразительно а-теоретическими, невосприимчивыми к концептуальным вопросам.

IV. Человеческое в правовом механизме

33. Все же «человек спрятан в механизме», поскольку право не может функционировать без активного человеческого компонента. Очевидно, раз не существует каких-либо «правильных» самих по себе ответов, то пример таковых не может быть приведен. Самое большее, чего мы можем пытаться достичь, это рациональное обоснование, с целью достижения оптимального решения через подходящие дискурсы в человеческом сообществе.

34. Неизменно и неотвратимо приходится признать, что все мы являемся частями процесса воспроизводства такого понимания, неся при этом полную персональную ответственность — как граждане ли, как учителя или просто как личности (профессионально формирующие общественное мнение, подобно учителям, журналистам, священникам и другим социальным работникам), или как мыслители, политики (которые формируют рамки общественного восприятия), или же как специально задействованные в формировании права лица.

35. В итоге наше право на практике едва ли будет чем-либо иным, чем то, что мы сформировали из него, через наше общественное взаимодействие и нашу борьбу.

36. Наконец, право — это способ речи. Оно практикуется как особая сфера коммуникации, когда игра происходит на открытой сцене, и осуществляется живыми людьми через референцию. Соответственно, вместо вопроса «что это такое?» — следует задать другой: «вопреки всему: как этого можно достичь». Это решающий вопрос в наше время, который также является критерием.

Верховенство права или дилемма идеала: садоводство против механизации

[Краткое содержание] Постдиктаторские модели перехода (трансформации) могут быть либо полным разгромом, уничтожающим былую целостность, предотвращающим возрождение местных обычаев в процессе перевоспитания людей для перехода к демократии (как после Второй мировой войны), либо простым декларированием обязательности верховенства права, действующего в дальнейшем (как при посткоммунизме).

Практика может измениться в зависимости от того, является ли верховенство права рядом ожиданий, категорически абсолютных и полностью кодифицируемых, или только допустимым идеалом, развивающимся в ответ на определенные сигналы при данных исторических условиях. Тогда это — искусство балансирования между противоречивыми ценностями в пределах его духа (идеала): процесс балансирования никогда не закончится, поскольку это процесс обучения и исследования, выявляющий новые черты. В конечном счете выбор должен быть сделан между моделями отношений: дрессировщика в цирке и садовника, выращивающего растения. Мы можем встретиться с искушением замены прошлого нигилизма разнообразностью фетишизма, характеризуемого зависимостью этих стран от образца, следуя которому ослабляется их ответственность, жизненно необходимая для успешного восстановления.

I

Одна из моделей постдиктаторского режима трансформации представлена полным разгромом, сопровождаемым последующим установлением военной администрации и юрисдикции, разрывающих непрерывность с прошлым, предотвращая возвращение местных обычаев в процессе перевоспитания для перехода к демократии, как это было продемонстрировано антигитлеровской коалицией после Второй мировой войны в Германии, Италии и Японии. С другой стороны, совершенно иная модель заключалась просто в декларации существования распространённой системы верховенства

закона, установленной начиная с искусственного «нулевого момента», как была вынуждена сделать Центральная Европа после провала коммунизма. Соотношение затрат и выгод двух моделей почти противоположно, как для одной, так и для другой стороны.

Характеризируя их различия схематически, можно отметить, что у обеих моделей общее то, что они обе просто вводят новый, по сей день неизвестный режим с момента, когда власть переходит в другие руки.

США с Антигитлеровской коалицией после Второй мировой войны	США с мировыми силами после провала коммунизма
Путём победы вооружёнными силами и оккупацией Путём жесткой силы фактов	Путём распространения верховенства права, системы правового государства Путём простого объявления реформы
Военная администрация	Экспериментирование
Навязанное вмешательство — вместо демократической мобилизации	Нет как такового переходного периода
Военное правосудие (Нюрнберг, Токио)	Прошлое не оспаривается
Прерываются обычаи прошлого путём развала и уничтожения	Продолжение прошлых обычаев, сопровождается реорганизацией, упорядочиванием, узакониванием
Переход к истинной демократии	Квазидефективная демократия

Их самое поразительное различие, возможно, в неотъемлемом цинизме и утопизме (напоминающими о некоторой антиисторической всеобщей силе, случайно известной главным образом из медовых месяцев революции), который преобладает над выбором, принятым сегодня во всем мире. Сам факт, что подлинный переходный период исключен из этого драматического изменения, и в теории и на практике, и что полноценное верховенство права просто объявляется вступившим в силу при переходе от одного момента к другому, непременно приведет по существу к обратному результату. А именно — новый режим с непременным избытком ограничений и недостатком власти при отсутствии инструментов для безопасного управления, лучше всего развивающихся в процессе установления новых обычаев перед лицом ежедневных конфликтов, возникающих в результате практического исполнения, означая, что необходимы длительные периоды времени, в конечном счете будет лишь переустанавливать своё собственное опровергнутое прошлое. Он

сделает это в новой форме и при новой законности, но произойдёт возрождение прошлых властных отношений и установленных связей, безмолвно ожидающих осуществления единственной цели быть реорганизованным, так, чтобы через некоторое время они могли шаг за шагом воссоздаться вновь и в конечном счёте также взять на себя инициативу в повсеместном политическом и социально-экономическом процессе.

Другими словами, самый вероятный исход будет диалектическим *Aufhebung* (тройка Гегеля: *отрицать / утверждать / снимать*), отрицанием и отсечением прошлого. Вот как прошлое может стать настоящим и определить позднее исторический исход периода.

Всё это означает, что различные исторические события, а также причины и условия, при которых эти события происходят, могут предопределить подход к оценке базовой идеологии и общему результату, оказавших влияние на весь переходный процесс. Соответственно, военная угроза с необходимостью самообороны играла важную роль в первом случае. Во втором случае главными мотивами были извлечение выгоды из данной ситуации и распространение контроля над определенными странами. В течение многих лет просматривалось ярко выраженное стремление вернуться к стандарту Европы, который изначально имел преимущественно общепринятую структуру (по образцу ЕЭС, а ранее НАТО). Целью была постепенная интеграция в их большую схему. В общем искажённые интересы по крайней мере одной мощной державы среди основных партнёров в преобразовании являются, возможно, главным объяснением, почему и как довольно-таки явная искусственность (неестественность) общей обстановки глубоко характеризует вторую модель перехода (переходного режима).

Угроза потери собственных жизней	Угроза взятия под контроль определенных стран в атмосфере властного вакуума и взаимной финансовой зависимости
Назначение акторов и установление актов	Ведется представителями, пережившими прежний режим
Военный режим, принимаются военные меры	Принятие уже готовых схем, взятых из ЕС и/или присутствующих на рынке
Никаких проблем, касающихся внутренних государственных интересов	Почти полное пренебрежение к внутренним государственным интересам
Осуществлены тщательные перемены	Ничего не меняется кроме техники управления

В конце концов это привело к перестройке привычной всем картины, в то время как по существу продолжается та же самая игра с теми же правилами, лишь происходит частичная замена вовлеченных игроков.

Особо жесткий график, ускоренный в течение самого преобразования, вместе с ощутимой нуждой формально присоединиться к стандартной Европе, обеспечил условия по внедрению огромного количества иностранных нормативных материалов, без особой возможности и способности их усовершенствовать либо внести в них изменения.

Схема верховенства права, которая развилась в относительно ранний период преобразования (буквально предшествуя полному распаду коммунизма и тем самым в начале любой истинной схемы верховенства права, приходящей в действие) со всеобъемлющими легалистическими представлениями и ярко выраженным юридическим отношением к самому процессу (в ответ на бывший правовой нигилизм, который является топливом для любой диктатуры, и в ответ на всеобщее стремление покончить со сверхполитизацией повседневных вопросов, характерной для эпохи коммунизма), может только содействовать в достижении итога. После одного-двух сроков деятельности свободно избранных парламентов и правительств, предвещаая и переворот, и фундаментальную перемену прошлого режима, силы новых-старых в основном, силы «старого режима» будут способны заново взять контроль с новыми и, казалось бы, оправданными лозунгами, но фактически раскрывая страну свободному рынку мирового капитала, без должного внимания к местным интересам, которые нуждаются в утверждении и защите.

	Огромные затраты во- енного вмешательства	Контроль почти без за- трат
Краткосрочные перспек- тивы	Нет вопросов о воздей- ствии на послевоенные жизненные стандарты	Пониженные жизнен- ные стандарты и потеря национальных богатств
Долгосрочные перспек- тивы	Радикальное обновление, в обмен успех	Неуверенность в буду- щем с надеждой и нару- шенными обещаниями

В более широкой исторической перспективе все это могло повлиять на то, как верховенство права понимается и реализуется в прошлом и сегодня, ведя к строгому разделению особенностей (характерных черт), насколько это рассматривалось в научно-философских

и научно-методологических исследованиях. Этот вопрос включает в себя концептуализацию исторической идеи, которая с развитием стала играть формирующую роль в распространении правовой практики как идеал, требующий в равных количествах и развития в интеллектуальном плане, и отношения к нему, как к самой онтологии социального существования. Противоположные тем, которые преобладали как два исторических примера тогда и сейчас, предположения о переходном периоде к верховенству права могут быть повторно рассмотрены.

Конкретно-историческое понимание «верховенство права»	Абстрактно-абсолютистское понимание «верховенство права»
Ср.: Карл Шмит: История с идеалами в прошлом уникальна, привязана к условиям	Универсализм с самого начала
Ср.: Эдмунд Бёрк: За достижения нужно бороться	Дело лишь в воле, решительности и провозглашении
Ср.: Социологизм: Мы, личности и общество — все культурно привязанные продукты	Ср.: Механический (псевдобиологический) детерминизм: Для любого общества, в любое время и при любых условиях

Настолько острое различие в основных предположениях поясняет, почему в первом случае истинная и во многом оригинальная демократическая организация была конечным итогом, хотя по крайней мере в то время являлась обманом, и во втором случае — учреждением, с самого начала дефективной политико-правовой культуры, ничего не дающая, кроме как понижение стандартов, руководствующаяся современными направлениями, сопровождающаяся низкой эффективностью в качественном выборе (по пророчествам «революции масс», описанной Ортегой Гассетом почти 80 лет назад.

II

Практика в Центральной и Восточной Европе меняется в зависимости от того, за-думывалось ли «верховенство права» как набор ожиданий, который нужно считать категорически совершенным (абсолютным), псевдо исчерпывающе готовым и не-прерывно шифруемым, либо же оно принято как уважаемый идеал, который развился в ответ на особенные испытания в определенных культурах и при определенных условиях. То есть «верховенство права» рассма-

тривается как искусство балансирования между различиями и разногласиями конфликтующих ценностей и интересов внутри своего же духа, или, другими словами, как бесконечное усилие, как никогда не заканчивающийся процесс изучения, как комплекс разных точек зрения и сдвигов, слоев и уровней, который раз за разом выводит новые черты на поверхность, как только поле повседневного распорядка (либо только в типичных ситуациях или в самых простых решениях) покидается в пользу новых испытаний на своем пути.

Соответственно, расхождение в понимании, так как оно представлено выше, повторяется ниже в таблице.

«Верховенство права» как особый исторический идеал	«Верховенство права» как абстрактное, универсальное заявление
Собственные достижения в ответ собственным задачам	Готовый рецепт, где-то созданный и кем-то усовершенствованный
«Это не должно быть договором на коллективное самоубийство»	Просто должно быть любой ценой приведено в исполнение
Часть определённой для нас культуры	Распределение минимальных условий
Быть отзывчивым и творчески развитым, чтобы годиться на совместную жизнь	Быть безоговорочно уважаемым (как главный критерий выживания) как член данного клуба

Очень мало исследований было направлено на привлечение внимания учёных к фактам прошлого, богатым историческим содержанием. Такие исследования функционировали бы как предостережение против «медового месяца» антиисторизма, который также опровергает достижения учёных прошлого века. Это особенно касается правового социологического и антропологического анализа классических случаев трансплантации и их хорошо развитого *Rezeptionslehre* (обучение рецепции), заключающегося в том, что простые поступки чистой воли (т.е. наложение власти) не могут заканчиваться такими заимствованиями, которые могут органично вписаться в действующее правовое тело путём, позволяющим осуществить влияние, сравнимое с эффективностью, с которой они функционировали в своей первоначальной среде.

Среди более ранних исследований одно направление соотносило происходящие процессы и их идеологизацию с критикой, выраженной в сторону движения «закона и модернизации»; с главными при-

чинами, по которым оно было обречено на провал (в общем более чем частично), в основном в латиноамериканском контексте; с его выживанием и, сверх того, переходом в ренессанс, в концептуализацию и методологическую подготовку к изменению, вызванному на новой территории, т.е. в Центральной и Восточной Европе. Именно критика «медового месяца» антиисторизма в основном существенна, потому что он встроен в некий этноцентризм, который представляет из себя абстрактно-универсальный взгляд глобальных подходов, рассматривающий общества как не имеющие ни прошлого, ни собственных традиций и, следовательно, открытые к псевдомеханическому влиянию.

Другое направление пыталось воспроизвести суть необходимости в «верховенстве права» в истории, спрашивая, где, как и в результате каких испытаний оно развивалось, и в итоге отвечая на вопрос: являлось ли верховенство права идеалом, к которому нужно стремиться, взвешивая конфликтующие точки зрения, и все за и против, даже если это никогда полностью недостижимо, или в среде сегодняшних условий с установленными как внутренними, так и внешними стандартами, если оно просто является предопределённым набором четко выраженных нормативных требований, которым просто нужно следовать строго и формальным образом и при любых условиях.

Третье движение — умеренная середина первых двух — выявляет основные различия в *юридических менталитетах* между двумя основными историческими проявлениями одной идеи, а именно идеи стандарта «верховенства права», который развивался в культурах общего права, с одной стороны, и в форме *Rechtsstaatlichkeit* (*правовая государственность*) путём реорганизации «континентального права» — с другой. Возможность рассмотрения в судебном порядке, допускающем поправки, если присутствует надлежащая правовая процедура, представляет первую структуру; а формальная безопасность и гарантия права, закон, подтверждённый всего лишь его введением, представляет вторую структуру. Как ни парадоксально, законченное совершенство закона без пробелов, соединенное с псевдомеханическим применением, отражает дух второй структуры, тогда как первая в основном применяется в массовых глобальных переходах (переходных режимах) как завершённый набор требований, отредактированный до мельчайших деталей.

III

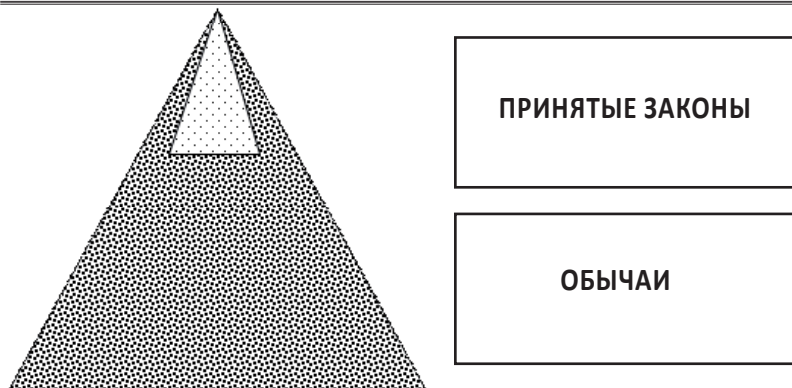
Как это определено правовой социологией, а позже также правовой герменевтикой, правовая система в действии — это намного больше, чем просто структура, собранная из формальных постанов-

лений. На самом деле это рабочий блок формальных и неформальных составляющих, основанный на правовой культуре с соответствующими традициями в прошлом.

Как точно аргументируется скандинавским правовым реализмом, правила, либо установленные, либо воспроизведенные по воле случая и истолкованные, являются всего лишь индикаторами различных типов уже действующих нормативов, из которых они всплывают как вершины айсбергов, скрывая многое под поверхностью. В общем, возложения и переходы рискуют увязнуть, так как они или были, или всё ещё являются чужими для закона. Это приводит к тому, что они либо отделяются (как внешнее вмешательство и навязывание) от цели, либо вовсе перебивают саму систему, перенаправляя её будущее развитие по искусственному, навязанному пути, отделившись от её культуры и традиций.

Ниже на рисунке ясно показано, что ни один подход к рабочей правовой системе не может быть сведён до определённого набора установленных правил, выведенных из какой-либо формальной доктрины источников права. При этом он не может быть сведён и до понимания того, что правила предусматривают только основное направление и просто указывают его, обозначая границы и пути того, что отразилось бы в судебном оценивании, доказательстве и обосновании. Это обычное состояние всех хорошо развитых правовых систем, устойчивых и существующих на практике, даже если это и не заметно с первого взгляда. Следовательно, в драматические времена, когда установленные правила меняются вследствие революционно нового начала или массового импорта законов, основные социальные обычаи вместе с практическим опытом, чувствительностью и адаптацией в процессе судебной практики также лишаются основы. В то же самое время обычаи и их соблюдение, предназначенные как для заполнения пробелов, так и для создания набора жизнеспособных правил, создадут основу на года возможно на десятилетия, когда можно будет сказать, что действующая правовая система соответствует реалистическим ожиданиям (см. рис.).

Тем временем всё что угодно может произойти с теми, кто решителен настолько, что способен воспользоваться любой возможностью преуспеть при условии, что им в наследство досталось меньше сомнений. Общая трагедия России после падения коммунизма может также быть частично приписана ослаблению регулирования наверху и, следовательно, краху старого режима, который, несмотря на всю его византийско-азиатскую/монгольско-большевистскую



сложность и на его очевидное благо, всё же мог гарантировать простое выживание народных масс на базовом уровне.

Вдобавок к этому несколько примеров из недавнего прошлого Венгрии: а именно из-за убедительного натиска доктринерского движения либертарианства в ранние годы первого свободно избранного правительства после провала коммунизма полиция боялась применять оружие. Было несколько случаев, когда молодые полицейские ночной смены были убиты ворами в процессе угона старых автомобилей крайне низкой стоимости. Легалистический тон наполнил правительство до такой степени, что после полувека советской оккупации у него не было никаких эффективных средств управления национальной безопасностью, например, начиная официально допрашивать каких-либо служащих, венгерских дипломатов, военных или полицейских о том, были ли они или продолжают числиться в каких-либо спецслужбах, например в советских секретных агентствах. Существует ещё некое сверхобогащение, для оправдания размеров которого нет законного основания и которое оправдывало бы его объёмы, которому позволили бесконтрольно существовать почти непрерывно до настоящего времени. Это произошло потому, что все последовательные законопроекты, представленные по сей день для внесения мер, гарантирующих минимальную прозрачность в процессе так называемой приватизации (заканчивающейся, между прочим, потерей 2/3 национального богатства без должного возвращения в прямых финансовых активах или косвенной экономической выгоде), были одинаково отвергнуты конституционным судебным решением, которое было чрезмерно активистским.

О различиях, лежащих в основах участвующих *юридических менталитетов*, много говорит тот факт, что вместо континентального способа подхода к проблеме как к задаче, которую нужно непосредственно решить законным способом, самое полезное американское предложение, когда-либо адресованное моему правительству в ответ на мой запрос, — именно избежать поиска прямых путей, особенно тех, которые сформулированы в законе.

Упомяну просто два примера: вместо отставки венгерскому правительству был дан совет ввести проверку физической подготовки для высших военных и полицейских рангов, у которых было сомнительное прошлое в плане верности. Второй случай касается использования смоделированных американцами анкет относительно так называемых должностей с доступом к государственным секретам национальной безопасности.

То есть предложение добровольно предоставить всю необходимую информацию, чтобы дать возможность руководству человеческими ресурсами начать действовать в соответствующей сфере понималось как решение проблемы, представленной в общих чертах в предыдущем параграфе.

Все это приводит к следующему пониманию: в то время как по существу сформулированные пути могут легко оказаться проблематичными, процессуальные пути гораздо более очевидно нейтральны, поскольку они противостоят и исключают любые опросы. Другими словами, в случаях, приведённых выше, методология континентального права, смешанная с обычаями, известными в общем праве, может оказаться, безусловно, более осуществимой и беспроblemно функционировать, а не только наблюдать за проблемой как за вызовом чьему-то ограниченному праву, т.е. та же самая проблема, что и в прагматизме метаязыка, переходя в рамки нормативного правового метаязыка, он может характеризовать и по сути служить самым отклоняющимся, более того, даже антагонистическим качествам и целям, соответственно, при функционировании выбранных и используемых (материально-правовых и процессуальных) предписаний и институциональных путей, посредством предварительного отбора юридической терминологии, преобладающей в данной сфере.

IV

Будет или не будет новый язык преобладающе американским, т.е. сформулированным с точки зрения права и прав человека, и насколько особенная специальная терминология заимствующей сто-

роны и процессуальный подход окажутся жизнеспособными или даже исчезнут, общая ответственность, однажды родившись ради *res publica* и выжив даже при старом режиме, представляется другой проблемой, которую необходимо исследовать наряду с академической трактовкой движений «Права и развитие», «Права и модернизация» и в пределах глобальных правовых переходов.

Соответственно наиболее важно для региона то, что существует риск того, что новая действительность после падения диктатуры стала господствующей тенденцией под эгидой новых требований верховенства права, и эта новая действительность — соперничество между государственными учреждениями.

С новой легитимностью органы и ветви государственной власти — парламент и конституционный суд, правительство и верховный суд, а также ряд омбудсменов (после почти двух десятилетий) — всё же полностью достигли в самом обширном объёме своего правового статуса (целиком исчерпав всё им присущее), в то же время шаг за шагом расширяя свои полномочия как можно дальше, с исключительно узким взглядом на свои шансы и возможности, но без какого-либо намерения предохранить общие (национальные) интересы или войти в сотрудничество с какой-либо другой ветвью государственной власти ради достижения своей цели. Имея в виду эту позицию, разочаровывающий итог может только быть фактической анархией, высвечивающей неоднозначную, неблагоприятную сторону понятия и применения идеи верховенства права. Идея верховенства права начинает походить на коммунистический миф и пропаганду о более светлом будущем, чем она казалась 20 лет назад, когда это стало лозунгом как противосимволом, который показал доказательство окончательной необеспеченности всех форм того, что мы когда-то знали как «фактически существующую систему социализма».

В конечном счёте и при любых обстоятельствах, что касается овладения аппаратом, следует сделать выбор между взглядами садовника и дрессировщика.

Именно этот вариант прямо касается заключительного итога, который покончил с критикой основных направлений американского «закона и модернизации». Этноцентризм и культурный империализм, в особенности, были двумя случаями употребления ключевых слов, охватывая антиисторический утопизм, который просто выражал современные тенденции, стремящиеся к глобализации путём универсализации. Налицествует простая альтернатива, нужно сделать выбор между двумя направлениями при финальном рывке: либо следовать

образу дрессировщика, имея абстрактные понятия о верховенстве права, исполняя и принуждая объект своей воле и определённым решениям; либо образу садовника в особо историческом и локальном понятии верховенства права. Садовник (1) уважает культуру объекта такой, какой она есть (обрабатывая почву и сажая растения), и тем самым (2) помогает её особенностям далее развиваться (вместо принуждения и просто перевода на субъект своих фиксированных идей или опыта/экспериментов, достигнутых кем-то другим в другом месте и времени). Заключение этому следующее (3): верховенство права — система, которая не может, в крайнем случае, быть чем-то иным, чем продолжение программы изучения всеми вовлеченными сторонами.

V

В любом случае, особенно для Центральной Европы с её сегодняшним взглядом, существует соблазн заменить прошлый нигилизм к верховенству права неким фетишизмом того же верховенства права, которое может далее усилить зависимость целевых стран от известных моделей и таким образом ослабить их собственные творческие силы, самооценку и самоответственность, которые жизненно необходимы для их успешного восстановления. В современных обществах вариации идеального понятия идеи «верховенство права», характеризующие послевоенное развитие, так, как они описаны в первых двух параграфах, наверное, лучше всего проиллюстрированы в таблице ниже. Нет необходимости подчеркивать то, что эта классификация сфокусирована на понятии перехода к верховенству права самым чистым, формалистским, упрощенным и чрезмерно неопитским образом, продемонстрированным Конституционным судом Венгрии, который односторонне выбрал путь и провел его в жизнь для всей страны. Затем это представлено в сравнении с более зрелой и уравновешенной моделью, сформировавшейся при переходе к верховенству права после Второй мировой войны, продемонстрированной jurisprudence Конституционного суда Германии.

Конституционный суд Германии	Конституционный суд Венгрии
Сбалансированная забота об основных конституционных ценностях	Нигилизм сменяется фетишизмом
Ничем не связанная, кроме базового права	«Элегантно летая вверх-вниз»

*Верховенство права или дилемма идеала:
садоводство против механизации*

Приходящая снизу в ответ на ожидания	Партизанский форум, указывающий на конечные выборы и ценности
Многосторонность Демократическое участие представителей профессий при возможности	Односторонность Демократическое участие представителей профессий принципиально исключается
Постоянное стремление к легитимности	Легитимность вытекает из статуса
Прошлое прекращено	Прошлое продолжено
Закон заметен в совокупности его действительного введения в действие и способности адаптироваться	Предлагаются образы следования, со слабыми способностями к адаптации

Соответственно, с одной стороны, в зрелой послевоенной модели идея верховенства закона переходит из инициативы на передний план как итог широко ощущаемой и согласованной потребности, растущей снизу, со дна. Она соответственно сохраняет довольно чувствительные отношения с населением, в широком смысле демократическое участие.

Либо под эгидой верховенства права всё, что угодно, может быть осуществлено, но только при условии, что действующая практика права осуществляется при его непрерывной поддержке населением. Либо его плавное функционирование предопределено при рождении, поскольку оно движется параллельно с правильным пониманием ожиданий населения в том смысле, по крайней мере, что верховенство права не становится тщеславным, пристрастным судом для предопределения политических путей и национальной политики, для реформирования морали и заявленных ценностей, но остаётся осторожным, нейтральным, уравновешенным, связанным исключительно с Основным законом, когда решения должны приниматься не только потому, что они вынесены конституционным судом страны, но уважаемы, как камень в основании фундамента продолжительности жизни республики, которая принадлежит всем гражданам. Поэтому гарант конституционности не отделяет себя ни от людей, ни от соответствующей профессии.

С другой стороны, посткоммунистический тип, в большей степени импонирующий придерживающимся строгих правил специалистам открытого общества и силам глобализма, недвусмысленно предпочитал формализм и позитивизм всякий раз, когда доказы-

вал несостоятельность толкования своего творческого новаторства. Например, достаточно рано, чтобы предопределить весь курс и конечный результат переходного периода, Конституционный суд Венгрии принял позицию, в которой было искусственно воздвигнуто противоречие между так называемыми законностью и правосудием (справедливостью), с точки зрения которого он предпочел возможность предвидения, как единственный гарант формального правопорядка, идущего из формальной безопасности права к верховенству права, к связанности верховенства права с прошлым, основанном на полном опровержении любого вида верховенства права — в ущерб любой материальной или действительной ценности.

Поэтому и довольно непредвиденным путём он объявил неконституционность некоторых драматических проблем (законопроектов и законов), основанных разве что на своей воображаемой виртуальной «невидимой конституции» либо ложных ссылках на решения, принятые «цивилизованными народами», или если какая-либо конституционная статья действительно называлась и определялась как источник, то это простое описание республики Венгрии как «независимого, демократического государства под верховенством права».

Таким способом он мог непременно стать правящей силой посткоммунистического переходного режима в Венгрии, предсказывая своё вырождение при условии безусловной непрерывности, которая, в конце концов, укрепила бы старые политические силы так, чтобы они смогли бы вернуться как новые, теперь уже «обеспеченные» своей новой законностью верховенства права.

Среди перемен времен и политических предпочтений в правительстве такой подход к верховенству права никогда не стремился к популярности или участию в демократических процессах. Он был слишком противоречив, чтобы быть в состоянии убедить любого или услышать его голос как один из позитивных откликов, из которых может быть сформирована судьба нации. Во многих случаях конституционное судебное решение принимало курс, противостоящий большей части общественного сектора — парламенту, правительству, политическим партиям, а также академиям и университетам, осознавая лишь одну истину: это не предмет контроля, поскольку у его решений есть конституционная сила *eo ipso*, таким образом, его односторонние действия считались неоспариваемыми с самого начала.

Сама идея верховенства права здесь упрощена до всемогущества её неконтролируемой и независимой власти. Вместо заботы об

общем прогрессе и о судьбе народа такое конституционное судебное постановление удовлетворяло само себя, указывая свою позицию, будто забивая гвозди, действуя за предоставленной ему защитой, которую, как разновидность конституционности, он представляет как конечную ценность для национального выживания, неотъемлемую и воплощённую в ней с самого начала.

В таких условиях возрождение жизнеспособности идеи Дайси об общественном мнении как окончательной поддержке любого прогресса, достигнутого в законе, является уроком, который всем надо изучить, несмотря на факт, что все различные формы, в которых идея верховенства права до сих пор институционализована, действительно демонстрируют мощную цивилизационную ценность.

Порядок из хаоса? Философия создания и применения европейского права

I. Европейские позиции в глобальной перспективе

Первый пункт для нашего исследования — это основополагающий вопрос о том, каким образом в рамках общего права Европейского Союза, действующего одинаково для всех его членов, централизованно применяемого в свете принципа сбалансированного и скоординированного единообразия собственными судебными учреждениями, государства-члены могут оказывать решающее влияние на долгосрочное выживание или постепенное отмирание исторических особенностей, на сохранение относительной самостоятельности включенных в Союз национальных правовых систем. Если взглянуть на ситуацию с противоположной стороны, дилемма государств-партнеров заключается в том, как и в какой степени право Европейского Союза может стать по-настоящему своеобразным. Иначе говоря, насколько создание, административное и судебное внедрение должны стать заложниками политики больших государств, борющихся друг с другом в рамках Союза за то, чтобы расширить свое (национальное) влияние на прочие государства — в конечном счете, ради того, чтобы немецкие и французские национальные традиции были преобразованы в одну общеевропейскую схему. Этот вопрос затрагивает перспективы расхождения менталитетов (континентального) гражданского права и (англосаксонского) общего права; выбор моделей, а также методы и будущие возможности для общей кодификации европейских законов; определение стандартов, используемых при вынесении решений общими судебными органами Европы. В целом, речь идет об отображении в правовых традициях государств-участников их исторических особенностей, что влияет на возможность сохранения или, возможно, исчезновения таких традиций. Вопрос выживания или исчезновения ставится в перспективе постоянной самоадаптирующейся трансформации, в первую очередь, соответствующих источников права — концеп-

туализации их структуры, реакции на внешние вызовы, а также изменения используемых методов судебной аргументации, в том числе канонизированных навыков.

Вышеописанное положение дел, если оно было исчерпано подобными рамками, выглядело бы как понуждение к рабскому копированию; хотя путь, открываемый для новичков ЕС, оказывается далеко не однозначным. Поскольку государства — члены ЕС равны по положению, мы не можем взять в качестве непреложной данности европейскую действительность на определенный момент времени. Новые государства выступают в качестве действующих лиц (которым, впрочем, нередко уготовано лишь смотреть на сцену с расстояния) в рамках Союза. Через сложное цепное движение право ЕС постоянно преобразуется, обращаясь также и к нам; в то же самое время, право ЕС не может быть принято в качестве самодвижущейся причины. Этот путь является мультиакторным и двусторонним.

Нам следует понимать, что мы на самом деле принимаем участие в вышеуказанном механизме взаимного воздействия не только с сознательно запланированными шагами и моделями. Существует один важный факт, а именно — наше, Центральной и Восточной Европы, бессилие, являющееся результатом определенных исторических условий. Речь идет о наследии коммунистического прошлого, с которым связано почти полвека отрешенности от повседневной жизни Западной Европы и США; оно загнало всех заинтересованных в развитии лиц на принудительные пути, отвлекая от возможности органического развития. Иными словами, прошлое создало собственные практики, коренящиеся в идеалах, разработанных и применяемых по всему Западу, против которых мы, венгры, теперь можем привести лишь наши собственные исторические (а отчасти и ностальгические) воспоминания¹. Это отрезает нас от современных западных европейских и североатлантических практик, разработанных в годы послевоенного восстановления Европы, превращает наши традиции в историческую модель, укорененную в далеком прошлом. Наши идеалы коренятся в прошлом западных цивилизационных моделей, запрещенных для нас, когда почти половину века мы могли учиться только на собственном опыте из повседневной практики. В фактическом и

¹ Szűcs J. The Three Historical Regions of Europe // *Acta Historica Academiae Scientiarum Hungaricae*. 1983. № 29 (1). P. 131–184.

идеальном аспектах мы находимся в весьма примечательной фазе задержки. Именно по этой причине нужно поднять вопрос о том, насколько наше общее наследие будет влиять на наше ближайшее будущее как движущая сила.

Основываясь на собственном потенциале, мы как новые члены и составная часть объединенной Европы, также способны внести свой вклад в общеевропейское развитие. Поэтому от нас ждут ответа на вопрос о том, какое будущее может быть прогнозируемо для нас; при этом мы стоим перед дилеммой сохранения самобытности или ассимиляции под давлением «перевешивающих» партнеров по ЕС. Также значим вопрос о том, могут ли исторически сложившиеся ролевые традиции играть роль в формировании общеевропейской культуры, определяя основные направления преобразования.

В Западной Европе было проведено много исследований, касающихся различных аспектов подобных тем; зачастую такие исследования велись в довольно изолированном контексте. Но ни панорама, ни перспектива развития не были предложены до сих пор. Ряд исследований, остающихся в рамках позитивного права и его устоявшейся теоретической базы, в основном опирались на преобладающее мировоззрение, выступали как некие готовые рецепты, не принимающие во внимание парадигматические новинки в общем движении, которое продолжается сейчас во всемирно-историческом масштабе. Несмотря на отсутствие концептуального аппарата и методологической основы, они получили распространение (недостаточно и далеко не адекватно) и превалируют как данность в повседневной практике отдельных государств-членов ЕС. И все же самостоятельность требует собственных ответов, соответствующих собственным проблемам.

Основное общее свойство национальных правопорядков Европейского Союза заключается в редукции идеи права [*ius*] к закону [*lex*], состоящему из концептуальных наборов текстов, обработанных логическим образом в форму воображаемой системы, из которой выводятся необходимые следствия. Соответственно, кодифицированное право призывает к рациональному использованию подчеркнутого формализма, который с самого начала встроен в судебную аргументацию в качестве компонента онтологии права.

II. Основополагающие вопросы

Место европейского права

Где можно найти место для европейского права? Из того, что можно вычитать из европейской юридической литературы, следует, что существуют весьма неопределенные контуры этого права без какого-либо теоретического посыла, хотя иногда приправленные историко-политическими аргументами. Какофония случайных ремарок, приводимая в монографиях, может гарантировать только некоторую общую внешнюю перспективу. Национально диверсифицированный хаос нормативно-правовых актов разделяет государства, возможно, с единственным исключением в том, что касается доктринальных положений, обеспечивающих разработку общих кодов права Европейского Союза. Эти коды, в свою очередь, как кажется, воплощают идею, превалировавшую в концептуальной юриспруденции² с ее абстрактным умозрением. Речь идет об идее предустановленной системности, которая опирается на разделяемую профессиональным сообществом юристов веру в творческую силу человеческой рациональности. Эта вера дополняется надеждой на то, что конструкции, полученные таким образом, воплотят собой окончательную рациональность.

Мы можем получить более яркую картину, приняв во внимание тот факт, что «ковка правовой Европы и постмодернизм просто дополняют друг друга»³. В этом аспекте мы имеем дело с многочисленными проводниками, с помощью которых формализм просачивается в работу европейских институтов, хотя бы при этом и сохранялся приоритет гарантированно общих институциональных проявлений (директивы и решения). На другом конце операционного механизма полная фильтрация достигается за счет национального фактора. Это позволяет нам сделать вывод, что преимущественную силу, в конце концов, имеет ни «наднациональный монизм», ни «центральная роль внутреннего законодательства», взятые по отдельности, а компромисс, одновременно достигнутый центром и периферией⁴.

² Varga C. Leibniz und die Frage der rechtlichen Systembildung // Karl A. Mollnau (ed.) *Materialismus und Idealismus im Rechtsdenken: Geschichte und Gegenwart / Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie: Beiheft 31*. Stuttgart, 1987. P. 114–127.

³ Arnaud A.-J. *Pour une pensée juridique européenne. Les voies du droit*. Paris, 1991. P. 300.

⁴ La Torre M. *Legal Pluralism as Evolutionary Achievement of Community Law* // *Ratio Juris*. 1999. № 12 (2). P. 192.

Это возвращает нас от иллюзорной надежды к простой фактичности неопределенности.

В плане методологии мышления мы можем принять во внимание тот же процесс трансформации в социальных науках в начале XX в., когда условная чистота правил или законодательного позитивизма разъедались позитивизмом фактов, вышедшим на арену социологизмом⁵. Это развитие запечатлело в умах страх подлинной анархии; идея постепенного развития была функционалистической точкой зрения на общество. Но это воззрение смогло занять более или менее прочную теоретическую форму только после долгих дебатов по вопросу о приоритете методов во второй половине века. В свою очередь, это новое воззрение было с самого начала основано на учете участия множества акторов и бесконечной череды социальных взаимодействий — все это вело к тому, что мифический *definitivum* некоторого первичного акта (т.е. акт творческого вмешательства) заменялся предопределением функциональной взаимозависимости реально взаимодействующих комплексов. Это привело к разрушению юридического позитивизма⁶ ради достижения нового, относительно сбалансированного состояния⁷.

После того как определенность всех неопределенностей, свойственных состоянию постмодернизма, отразилась на комплексе европейского права, оказалось возможным обрести некоторые опорные точки для ориентации. Прежде всего, бросается в глаза общий опыт в том плане, что даже в свободном присоединении к европейскому пра-

⁵ О дебатах в истории правовой и экономической философии в течение 1916 и 1917 гг. см.: Paulson S.L. (ed.) Hans Kelsen und die Rechtssoziologie: Auseinandersetzungen mit Hermann U. Kantorowicz, Eugen Ehrlich und Max Weber. Aalen, 1993.

⁶ Varga C. What is to Come after Legal Positivism? Debates Revolving around the Topic of «The Judicial Establishment of Facts» // Manuel Atienza, Enrico Pattaro, Martin Schulte, Boris Topornin & Dieter Wyduckel (eds.) *Theorie des Rechts und der Gesellschaft: Festschrift für Werner Krawietz zum 70. Geburtstag*. Berlin, 2003. P. 657–676. См. тематическое исследование о распаде позитивизма: Varga C. Meeting Points between the Traditions of English–American Common Law and Continental–French Civil Law (Developments and Experience of Postmodernity in Canada) // *Acta Juridica Hungarica*, 2003. № 44 (1–2). P. 21–44.

⁷ Varga C. 1) Macrosociological Theories of Law: From the Lawyer's World Concept to a Social Science Conception of Law // Eugene Kamenka, Robert S. Summers & William Twining (eds.) *Soziologische Jurisprudenz und realistische Theorien des Rechts / Rechtstheorie: Beiheft 9*. Berlin, 1986. P. 197–215; 2) Macrosociological Theories of Law: A Survey and Appraisal // *Tidskrift för Rättssociologi*. 1986. № III (3–4). P. 165–198.

ву, политика, как кажется, полностью пронизана своего рода «миссионерским рвением»⁸. Это рвение характеризуется как своим напором и неординарностью, формирующей будущее европейской истории, так и недостатком в сдерживающих факторах. На сегодняшний день «реактивный, управляемый событиями и зависящий от контекста подход к правовым исследованиям ЕС», является основным методом⁹, а «право ЕС представляет собой запутанную сеть политики, экономики и права. Это обнаруживается в рамках того, что называется [...] междисциплинарным, контекстным или критическим подходом»¹⁰. Сама среда, в которой все это происходит — это «жидкое состояние непрерывного нечего, становящегося чем-то»¹¹, поскольку «ЕС, в конце концов, является государством в процессе становления»¹².

Европейское право, каким оно является в любой момент времени, оказывается первым из факторов, формирующих общность Европы. То политическое образование, что известно на данный момент как Европейский Союз, является главным фактором для формирования европейского права — помимо динамики взаимного влияния государств, которая обуславливает их относительную силу, там почти нет фиксированной точки для действия рычага по закону Архимеда. Поэтому можно констатировать, без риторической переоценки, что «просто нет однозначного ответа на вопросы о том, что такое юридическая конституционная природа ЕС, какова роль права в управлении ЕС»¹³.

В целом, это описание относится к специфике онтологической природы европейского права и к его самоопределению через взаимное определение сил, действующих в его именно-так-бытии¹⁴. Крите-

⁸ Walker N. Legal Theory and the European Union: A 25th Anniversary Essay // Oxford Journal of Legal Studies. 2005. № 25 (4). P. 586.

⁹ Ibid. P. 583.

¹⁰ Snyder F. New Directions in European Community Law // Journal of Law and Society. 1987. № 14 (1). P. 167.

¹¹ Varga C. Law, or More or Less Legal? // Acta Juridica Hungarica. 1992. № 34 (3–4). P. 139–146.

¹² Hunt J., Shaw J. Fairy Tale of Luxembourg? Reflections on Law and Legal Scholarship in European Integration: URL:<<http://64.233.183.104/search?q=cache:F42D5KPUYG8J:www.sheffield.ac.uk/content/1/c6/06/90/87/Hunt%20>>.

¹³ Ibid. P. 21.

¹⁴ «Gerade-so-Sein» в описании онтологической сингулярности конкретной действительности у Георга Лукача.

риальный компонент европейского права заключается в прикреплении к власти; этот компонент «является не временным отклонением, но постоянным элементом конституционного строя ЕС»¹⁵. Это также подтверждается существованием тех, по-видимому, противоречивых функций, сущность которых может адекватно толковаться только в динамике общего процесса. Даже конституционные основы структуры права ЕС лучше всего могут быть описаны с помощью загадочного, но надежного языка правовой и политической философии — путем, например, констатации того факта, что отношения между Союзом и национальными порядками являются «плюралистическими, а не моноистическими; интерактивными, а не иерархическими»¹⁶.

Из вечной полемики теоретиков права о том, создается ли право за счет правил (как это было в праве древних римлян и во времена аксиоматической концептуализации в начале становления современной правовой культуры континентальной Европы¹⁷), или же существование права и его юстициальность могут быть выявлены только в судебном событии (как утверждает сторонниками экспериментального прагматизма, вызревшего в лоне англосаксонской мудрости), можно вывести оригинальное заключение, может быть, несколько шокирующее: правовая система Европейского Союза стала самой эффективной международной правовой системой в мире, открыто контрастируя с типичной слабостью международного права и международных судов. Все это не более чем итог того, что в политических процессах Европейского Союза Европейский суд справедливости и национальные суды стали соакторами в трансляции общей воли, называемой «европейское право», правительствам государств-членов¹⁸.

III. Аналогии

1. Солнечная система с планетами

В научной литературе встречается методологически вдохновляющая символическая метафора «солнечная система с планета-

¹⁵ Ibid. P. 14.

¹⁶ MacCormick N. Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth. Oxford; New York, 1999. P. 118.

¹⁷ Varga C. Differing Mentalities of Civil Law and Common Law? The Issue of Logic in Law // Acta Juridica Hungarica. 2007. № 48(4). P. 401–410.

¹⁸ Alter K.J. Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe. Oxford; New York, 2001. P. 1.

ми», через которую выражаются различные формы взаимодействия и взаимозависимости между интеллектуальной традицией, воплощенной в *ius commune* европейских правоведов, с одной стороны, и его локальными ответвлениями, с другой. Эту гиперболу мы цитируем согласно одному уважаемому автору¹⁹, который сравнивал *ius commune* с солнцем, а *jura propria*, — нормы царств, княжеств и городов-государств, — с планетами, чтобы объяснить связь *ius commune* и *jura propria*. Метафора пронизательная и точная. Солнце — это не инертная масса, без энергии или тяжести, что не осуществляет никакого влияния на планеты. Описание солнца как большой теоретической звезды на небе, которая не имеет реальной жизни или собственного влияния, было бы глупо. С другой стороны, планеты имеют свои условия существования, свои силы, нормы, регулирующие их автономные миры. Каждая планета имеет различный набор правил, но каждая из них испытывает влияние энергии солнца по-разному и с разной дистанции. Ни одна планета не будет отвергать влияние солнца; это было бы безумием. Результатом такого отрицания был бы хаос планетарной системы. Вкратце, я считаю, что *ius commune* не было книжным законом, написанным для великих; законом для чтения или смакования; книгой, которую можно поставить назад на полку; оно не было профессорским правом, противопоставляемым реальному праву. «Это было плавильным котлом, из которого возникли все европейские правовые системы»²⁰.

Такая метафора может служить убедительной аналогией для описания одновременно центробежных и центростремительных сил, характерных для правового плюрализма. Она важна, прежде всего, для актуализации/реализации европейского права как единства в принципе, допускающего определенное разнообразие практики. Иначе выраженная, эта метафора означает, что когда в процессе европейской интеграции была фактически достигнута некая глубина, в этом процессе также появились некоторая инерция и медлительность в работе — своего рода сила тяжести. Эта метафора также означает гарантию того, что право, независимо от того, как оно работает на самом деле и того, что оно устанавливает,

¹⁹ Bellomo M. L'Europa del diritto commune. 6th ed. Roma, 1993. P. 205–206.

²⁰ Pennington K. Learned Law, Droit Savant, Gelehrtes Recht: The Tyranny of a Concept // Syracuse Journal of International Law and Commerce. 1994. № 20. P. 205–215.

также может оказывать долговременное воздействие, давая питательную энергию в ответ, хотя в основном косвенным образом.

Как будут более подробно показано в следующих параграфах, именно это многонаправленное движение с участием плюралистичных субъектов (в утробе этого движения формируется массивная сила) характеризует особенности работы европейского права.

2. Предмодерн, модерн, постмодерн

Та амальгама, которую представляет собой деятельность Европейского Союза, демонстрирует разнообразные возможности, начиная от тех, что были характерны для предмодерна, через модерн и к постмодерну.

Мы говорим о формах предмодерна, поскольку они действительно отражают отголоски традиции *ius commune*, воплощенные в виде *acquis communautaire* [общего достояния — фр.].

Европейское право проявляет также особенности модерна. Оно происходит из традиций юридического позитивизма. Усилия и попытки, направленные на производство европейского общего права, до сих пор протекали в русле стратегий кодификации и приписывали первенство системной идее²¹; эти усилия получили свое выражение в форме структуры формул и правил.

Кроме того, дух постмодернизма также пронизывает эту сферу. Это становится ощутимым, если принимать во внимание бесчисленные директивы (которые не только способны создать внутреннюю напряженность, но и полностью отменить действие друг друга²²); эти директивы по сути являются переписыванием свода правил, составляющих европейское право. Основной причиной этого обратного движения является то, что формальные правила могут быть реализованы только через их актуализацию судами, т.е. через судебное решение, которым регулируются оценочные суждения и балансы конфликтующих интересов — и те, и другие по существу являются властными декламациями, выраженными в сценариях принятия решений.

²¹ Varga C. Codification as a Socio-historical Phenomenon. Budapest, 1991.

²² Об эффекте реализации, перетряхивающей системную согласованность и функционирование с чуждыми встроенными элементами, см.: Harmathy A. Jogrendszerünk átalakulása és az Európai Unió joga [The transformation of our legal system and the law of the European Union] / Bán C. (ed.) *Ius privatum — ius Commune Europae; Liber Amicorum: Studia Ferenc Mádl dedicate*. Budapest, 2001. P. 125–134.

Это — постмодернистская конструкция, реализующая примат принципов над правилами в той форме, что, например, равноправие языков изначально растворяется в какофонии правил ЕС, которые сами по себе могут быть восприняты как просто текст — данные правила больше не могут рассматриваться как монокультурные даже в своей элементарной текстуальности²³, которая парит над индивидуальной культурой конкретных языков государств-членов ЕС. Более того, общественные действия подчинены различным конкретным интерпретациям, производимым странами-членами на основе либо полномочий, которые дает их независимый государственный статус, либо других полномочий, созданных исключительно для той или иной юрисдикции. Расширяя свободу выбора путей развития права, эта ситуация приводит к сосуществованию конкурирующих национальных форумов, которые, в сочетании со свободой договора и предпринимательства, в конечном счете уступают дорогу единой благоприятной правовой системе, получающей монопольное положение по отношению к другим системам, пустым с практической точки зрения. Потенциальным результатом этого процесса может стать то, что статус государства вскоре может оказаться в значительной степени номинальным. Тут, как и в случае гигантских коммерческих корпораций, состоящих из свободно построенных кругов концентраций влияния и наиболее успешных в битве за приобретение большей доли рынка, фактически сила порядка устанавливается самими игроками. В юридических (а также параюридических и неюридических) соглашениях таких корпораций, как правило, прослеживается тенденция указывать в качестве арбитров для потенциальных разногласий третейские суды, получающие полномочия выступать в качестве юрисдикционных органов, выносящих постановления по этим разногласиям.

IV. Основание европейского права

1. Потребность в надлежащей правовой культуре

Используя многоуровневый образ потенциальной целостности права,²⁴ можно выделить три различных слоя:

²³ Schauer F. Is Common Law Law? // California Law Review. 1989. № 77. P. 455–471.

²⁴ Tuori K. EC Law: An Independent Legal Order or a Post-modern Jack-in-the-Box? / Lars D. Erikson & Samuli Hurri (eds.) *Dialectic of Law and Reality: Readings in Finnish Legal Theory*. Helsinki, 1999. P. 403.

Право
<i>Поверхностный уровень</i> (правовые нормы, прецедентное право, и т.д.)
<i>Правовая культура</i> (правовые концепции, основные принципы, методология юристов)
<i>Глубинная структура</i>

И как ни странно это может показаться, до сих пор правовые установки Европейского Союза, похоже, достигли только первого уровня²⁵. Культура и основная структура европейского права, т.е. его концептуальные, теоретические и методологические средства, его доктрина (в смысле *Rechtsdogmatik*²⁶), не сформулированы полностью, целостность не достигнута на сегодняшний день.

Действительно, то, что обычно называют *объективацией права*²⁷, присутствует в праве Европейского Союза в течение достаточно долгого времени и материализовано в виде твердого амальгамного блока, хотя довольно хаотичной композиции. Договоры, заключенные с Европейским Союзом, директивы и другие позитивные источники права, исходящие от представительных и исполнительных органов государственной власти государств, входящих в Европейский Союз, и более того, корпус их собственных юридических решений, олицетворяют право. Тем не менее, нет уверенности, развившейся из этого состояния дел: мы не видим кристаллизующуюся форму правовой концептуализации, не замечаем стратегическое строительство на основе принципов, которые

²⁵ Wilhelmsson T. Jack-in-the-Box Theory of European Community Law // Ibid. P. 449.

²⁶ Varga C. Law and its Doctrinal Study (On Legal Dogmatics) // Acta Juridica Hungarica. 2008. № 49 (3). P. 253–274, перевод: Варга Ч. Правовая доктрина: Методология и онтология // Право Украины. 2011. № 11–12. С. 94–103.

²⁷ Varga C. Chose juridique et réification en droit: contribution à la théorie marxiste sur la base de l'Ontologie de Lukács // Archives de Philosophie du Droit. 1980. № 25. P. 385–411.

бы создавали сбалансированную конструкцию. Мы не видим даже того, что можно было бы понимать как консенсуальную методологию²⁸. И за неимением всего этого, очевидно, что подлинная доктрина пока не существует.

Субстанция, состоящая из накопленных нормативных материалов, напоминает в лучшем случае критическую массу, образованную слоями отложений, сформированных на поверхности и следующих давней традиции англо-саксонского прецедентного права. Эта субстанция напоминает непонятную кучу, которая может быть объяснена только через группировку на основе типизации²⁹. Такая типизация позволила бы редуцировать тот естественный хаос, который, по-видимому, присущ европейскому праву. Следовательно, было бы заблуждением назвать это право порядком или системой³⁰, равно как и признать какую-либо корреляцию в формальном дедуктивном смысле — форме мышления, введенной некоторое время назад Лейбницем при попытке сформировать свод идеального языка, общую концептуальную систему, завершенное знание. Этот призрак также всплывал в связи с попыткой конфигурации / трактовки права по научной методологии как аксиоматического идеала системы в духе Давида Гильберта³¹. Этот идеал требовал, чтобы все отдельные компоненты редуцировались к авторитету аксиомы³², результатом чего на самом деле стало полное отсутствие теорем. Все это создавало ловушку самоуничтожения, поскольку процедура могла бы привести к тому, что понятие аксиоматики *само по себе* стало бы полностью бессмысленным.

Если бы мы рискнули прийти к какому-либо выводу на основе этого отрицания и неполноты, то наш первый вывод состоял бы в

²⁸ Ibid.

²⁹ Эта дидактическая практика конкурировала с простой азбукой финального принципа упорядочения. См.: Jolowicz J.A. (ed.) *The Division and Classification of the Law*. London, 1970.

³⁰ Varga C. *Law and its Approach as a System* // *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae*. 1979. № 21 (3–4). P. 295–319.

³¹ «Я считаю, что все то, что вообще может быть объектом научной мысли, при достижении зрелости для построения теории, подходит для аксиоматической разработки и тем самым для математизации» (Hilbert D. *Axiomatisches Denken* // *Mathematische Denken*. 1918. № LXXVIII. P. 415).

³² Varga C. *The Quest for Formalism in Law: Ideals of Systemicity and Axiomatisability between Utopianism and Heuristic Assertion* // *Acta Juridica Hungarica*. 2009. № 50 (1). P. 1–30.

том, что процесс развития в его нынешнем виде может быть понят только как частичный — даже уже установленные потенциальные основы, надстройка оказываются неполными: мы воспринимаем присутствие только скоординированных намерений и действий, а не действительно единого сообщества³³. Далее, отсутствует полностью развитая общая правовая культура, что приводит к многочисленным дальнейшим *замедлениям*, тем самым усиливая собственный эффект силы тяжести права ЕС. И, наконец, в европейском праве конкретные детали общих пожеланий и обязательств могут быть *перезаписаны как частные цели, чтобы показать все более высокий уровень самостоятельного существования*. И в этом плане мы можем ожидать, что результат будет не лучше, чем простая импровизация: прогресс, предсказуемое планирование по умолчанию будет затруднено компромиссами — последовательный прогресс может быть легко перегружен ежедневно получаемыми ответами *ad hoc*. Отдельные агенты делают все то, что они считают наиболее подходящим их полномочиям, если это на самом деле не приводит к серьезным неожиданным сбоям (скандал или утрата доверия).

Таким образом, все здесь является производным; ни одна часть на самом деле не оригинальна, поскольку она не самогенерируется, а создается другими. Или, как это типично выражается: «право ЕС — это не европейская правовая культура, а продукт европейских правовых культур»³⁴. Таким образом, несмотря на все наши старания, мы неспособны найти «общую правовую грамматику»³⁵, которая бы состояла из общих концепций, мыслей и единого отношения к праву. Так что не удивительно, что те, кто обращают разочарование в положительную энергию, как правило, склоняются к тому, чтобы перенести свое чувство тоски по цельности в работу, проводимую в направлении подготовки общеевропейской кодификации. Это форма, в которой материализуется желанная сложность общего права, игнорирует тот факт, что основы такой кодификации неясны,

³³ De Schutter O. Europe in Search of its Civil Society // European Law Journal 2002. № 8 (2). P. 198–207.

³⁴ Visegrády A. Legal Cultures in the European Union // Acta Juridica Hungarica. 2001. № 42 (3–4). P. 216.

³⁵ Zimmermann R. Roman Law and the Harmonisation of Private Law in Europe // Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink, Ewoud Hondius, Carla Joustra, Edgar du Perron & Muriel Veldman (eds.) Towards a European Civil Code. 3rd rev. ed. The Hague, 2004. P. 41–42.

а американский эксперимент с частными (модельными) кодексами и неофициальными сводами права или гармонизацией, заканчивающийся в унификации образования, юридических профессий и профессиональных журналов, никогда не подвергался проверке в других, чем американские, условиях. Особенно желанным предстает путь кодексов, то есть единой централизованной совокупности правовых норм. В поисках обходных путей широко предлагается голландское решение с идеей диспозитивности в качестве свободного выбора применимого права. Даже «общая система координат» рассматривается как троянский конь, что заменяет кодификацию с ее континентальной концептуальностью и системностью и в конечном итоге приводит к дефициту демократии.

Аналогичная ситуация и в сфере общей судебной практики. Французский стиль принятия решений дополняется английским обще-защитным вмешательством. Методы толкования, многоязычные в своей основе, усложняются и в конечном результате проблематизируют общие принципы (сомнительной) определенности и предсказуемости права — здесь сказывается обратная связь со стороны различных автономных национальных правопорядков.

В целом, культура определяется как набор образцов для подражания, как коллективное программирование умов³⁶. Правовая культура, отличающаяся от простого использования навыков и отношений, также определяется как шаблон мышления (при последующей реконструкции мыслительной деятельности) с заранее определенной силой, которая, как часть подлинной онтологии права, обрисовывается каждым из принадлежащих к данной культуре специалистом в области права³⁷. Несмотря на множество попыток объективации, правовая культура Евросоюза остается недостаточной, сводится к поверхностным проявлениям, стимулируется в основном заимствованными компонентами. Благодаря разнообразию доступных вариантов типизации в рамках Союза, может быть поднят также вопрос о том, какой из компонентов национальных правовых систем унифицируется. Также значим вопрос о том, что остается от участия национальных правовых культур, если их орга-

³⁶ Hofstede G.H. 1) *Cultures and Organizations: Software of the Mind*. 2nd rev. ed., New York, 1997; 2) *Culture's Consequences: Comparing Values, Behaviors, Institutions, and Organizations across Nations*. 2nd ed. Thousand Oaks, Calif.; London, 2001. P. 9.

³⁷ Varga C. *Comparative Legal Cultures: Attempts at Conceptualization* // *Acta Juridica Hungarica*. 1997. № 38 (1–2). P. 53–63.

нические единства распыляются и рассматриваются как свободно выбираемые элементы.

2. Об операционной системе, открытой правовому плюрализму

Правовой плюрализм является особенно проблемным в случае Европейского Союза³⁸, «поскольку содержит противоречивые правила признания, конфликт которых не может быть юридически разрешен изнутри системы»³⁹.

Для того чтобы установить окончательный предел для более произвольного процесса плюрализации, Суд ЕС заявил, что он имеет приоритет и верховенство. Согласно Уставу, Суд «имеет право окончательного ответа на все вопросы европейского права»⁴⁰ и, как было отмечено в доктрине, основанной на решениях этого Суда, он «вправе определить, что представляют собой вопросы европейского права»⁴¹; его толкование «имеет превосходство над всеми конфликтующими нормами национального законодательства»⁴² — без всего этого явно невозможно гарантировать отсутствие дублирования и несогласованности⁴³.

Как подразумевается в аргументации Суда, «плюралистическая модель обеспечивает всеобъемлющие рамки, в которых могут сосуществовать противоречивые требования. При условии, что практический конфликт в рамках этой модели остается потенциальным и избегаются актуальные споры, может быть обеспечена стабильная, даже длительная форма урегулирования». В силу этого «Суд ЕС призывает интерпретировать европейское законодательство таким образом, который будет приемлемым для национальных судов, и в то же время будет препятствовать национальным судам слепо настаивать на примате национальных правил. Короче говоря, конкурирующие заявления о превосходстве своего права могут служить созданию атмосферы сотрудничества между судами, где каждая сторона стимулируется уважать позицию и традиции другой»⁴⁴.

³⁸ Об этом пишет М. Ла Торпе.

³⁹ Barber N. W. Legal Pluralism and the European Union // European Law Journal. 2006. № 12(3) p. 306.

⁴⁰ Ibid. P. 323, со ссылкой на статью 234 Договора ЕС.

⁴¹ C-314/85 Foto-Frost v. Hauptzollamt Lübeck-Ost (1987) ECR 4199.

⁴² C-6/64 Costa v. ENEL (1964) ECR 585.

⁴³ Barber N. W. Legal Pluralism and the European Union. P. 323.

⁴⁴ Ibid. P. 328, 328–329.

Европейский правовой порядок имеет многополярный характер, в результате чего некоторые из учреждений Европейского Союза «смешанной компетенции», — в которых «состав разделения власти... на практике не работает ясным образом»⁴⁵, — на самом деле одновременно выполняют законодательные, исполнительные и судебные задачи. Эти органы в состоянии применить конечные результаты своей деятельности только в рамках сложной структурной комбинации, где национальные государственные органы, с одной стороны, принимают эти результаты, но, с другой стороны, принятие в дальнейшем становятся почвой для экспериментов других государственных органов или отдельных граждан (или организованной группы граждан). Это принятие может быть осуществлено либо национальными судами государства-члена, либо на одном из форумов на уровне общин. Так, с одной стороны, Евросоюз на уровне общин не имеет истинной самостоятельной жизни, так как его единственной задачей и *raison d'être* [смыслом существования — фр.] является представление и управление сообществом взаимосвязанных государств-членов. С другой стороны, все, что происходит в результате деятельности чиновничества государств-членов, оказывается не просто рефлексом или проекцией со стороны центральных органов, но также неизбежно предполагает творческое взвешивание и адаптацию. В сочетании с интерпретацией со стороны других государств-членов, и естественно, также в свете перспективы сообщества в целом, эти процессы создают благодатную почву для конфликтов.

И все же правопорядок Европейского Союза не имеет жизни без динамизма, заложенного в нем. В свете различных конфликтов и деятельности по их разрешению, это постоянно приводит к одновременно к нахождению решений и повторному накоплению конфликтов внутри институциональных проявлений системы, что, в конце концов, формирует способ существования этого порядка. Это дает пищу для *философского размышления о происходящем из хаоса порядке*, что, в свою очередь, сигнализирует о том, что здесь скрыто ценное смысловое ядро.

⁴⁵ Torma A. Közigazgatás — Európai Unió — európai közigazgatás [Public administration, European Union, European public administration] // József Szabadfalvi (ed.) *Facultas nascitur: 10 éves a jogászképzés Miskolcon*. Miskolc, 2001. P. 522.

В. Европейское право в действии

1. Многополярность с центростремительными/центробежными моментами

Метафора солнечной системы как части галактики описывает реляционную сферу материи; эта сфера производна от взаимного позиционирования частиц во время их непрерывного движения; организационные принципы и факты, связанные с энергией, массой и позицией, описываются через законы физики⁴⁶. Пути движения этих масс одновременно и центростремительные, и центробежные, но при этом они всегда сбалансированы; эти пути определяются взаимоотношениями, обусловленными количественными характеристиками этих позиций. В сфере социальности, применяя эту метафору к *ius cottine*, мы видим другое уравнение, где у нас есть полифония центробежных сил, постепенно формирующая национальные разделения (начиная с городов, князей и т.д.) в пределах монофонии христианской Европы. Эти силы в конечном итоге превосходят уравнивание, оказываемое центростремительной природой культуры, сформированной через общие традиции.

Правовая реальность Европейского Союза производна от его биполярной структуры — его централизованные правила локально интегрированы в практике за счет того, что право, постулируемое суверенным национальным государством, подчинено тому праву, что постулируется Европейским Союзом. Национальное право не может конфликтовать с общеевропейским, поскольку последнее имеет прямое действие и основание (следовательно, примат). Таким образом, мы получаем несколько измененную метафору солнечной и планетной системы. В этой метафоре есть центробежный аспект, который является реакцией государства на факт вступления в процесс европейской интеграции, так как отказ от некоторых блоков суверенитета является известной предпосылкой вступления в Европейский Союз. Тем не менее, национальный интерес сейчас в Европейском Союзе выполняет функцию оптимального снижения вреда от частичной утраты суверенитета. Центростремительная

⁴⁶ О развитии истории соответствующих идей см.: Needham J. *Human Law and the Laws of the Nature* [Hobhouse Lecture at the Bedford College in London, 1951] // Needham J. *The Grand Titration*. London, 1969. P. 299–332; в плане сравнительного обзора см.: Daston L., Stolleis M. (eds.) *Natural Law and Laws of Nature in Early Modern Europe: Jurisprudence, Theology, Moral and Natural Philosophy*. Farnham; Burlington, 2008.

сила действует через непрерывный поток текстов, составленных в ряд рабочих языков и фоновых культур.

Так, судья национального правопорядка использует и уважает национальное право, как свое собственное, *потому что оно на самом деле* относится к судье. Эта ситуация отличается от европейского права, которое судья видит как что-то в причудливых одеяниях, присланное в судебный зал от отдаленных внешних сил; это общеевропейское право приносится мощными и непредсказуемыми волнами, с откровенным пренебрежением вопроса об уровне интегрируемости. Поэтому внимание судьи фокусируется на внутреннем праве, независимо от того, что происходит с главным фоном.

В любом случае, модель правового порядка Европейского Союза распространила процесс «снабжения правом» на различные уровни. Это произошло с почти таким же сознательным намерением, которое описывается у Ганса Кельзена, когда в 1922 г. перед Первой мировой войной он пересмотрел свою первоначальную позицию на правоприменение и вменение/предписывание как просто обстоятельство, вытекающее из расчета последствий и проверки. Кельзен указывал, что для того, чтобы *Rechtserzeugungsprozess* [процесс создания права] на самом деле произошел, есть, по крайней мере, две необходимые стадии, поскольку актуализированное в конкретном случае правоположение ограничено в будущем — оно является общей нормой, но может быть постулировано только в контексте будущей конкретики⁴⁷.

2. «Порядок из хаоса»

До XX в. деятели в общественных науках могли с трудом представить, что право или некий нормативный регулятор на самом деле может быть эффективным без позитивации. Позитивизм изучал свой предмет с четким определением: право невозможно без поддержки, предоставляемой действенным правопорядком, который в состоянии обеспечить государственную судебную систему, профессиональную дисциплину, церковное образование и т.д. Это предполагает наличие основы, позволяющей четко перевести нормы на язык практики и применять их в контексте действия санкционирующего механизма, который постулируется данным нормативным порядком. Право предстает как механизированная деятельность, основанная на особой

⁴⁷ Varga C. Kelsen's Theory of Law-application: Evolution, Ambiguities, Open Questions // Acta Juridica Hungarica. 1994. № 36 (1–2). P. 3–27.

идеологии — это истинная от-дифференциация однородности (согласно терминологии Никласа Лумана), которая поднимает эти процедуры выше общей повседневной неоднородности.

Таким образом, концептуальный порядок был возвышен над повседневностью; это овестьствовало и продвинуло в статус неоспоримой необходимости то, что непрофессионалу казалось бытием не только без убедительной власти, но иногда даже неразборчивой и случайно жестокой иронией судьбы⁴⁸. Кратко: это изгнало хаос для того, чтобы увидеть на его месте порядок. Потому что хаос и порядок в этом подходе антиномичны, и, столкнувшись с ними, мы выбираем либо то, либо другое.

Нечто новое произошло с приходом социологии XX в., когда мы узрели новую версию описательного видения общества. Понимание общества как конгломерата искусственных овестьствованных структур в самодвижущем движении было заменено на модель, которая не была основана на односторонней механичности. Скорее, она была сосредоточена на спонтанном движении одновременно происходящих социальных практик, на статистическом результате мотивационных влияний на поведение индивидуумов, на происходящем в действительности взаимодействии. И удивительно, что описывая это на макроуровне, можно прийти к логическому выводу о потенциале и факте появления порядка из хаоса, то есть о порядке, происходящем, рожаемом и производном от хаоса.

Теоретическое понятие макропорядка, происходящего из микрохаоса, заложило фундамент современной экономики; современная социология и сегодняшняя юриспруденция также происходят из этой проекции⁴⁹.

Согласно «нормативистской модели» начала XX в. — от Эмиля Дюркгейма до Толкотта Парсонса — «сменяющие друг друга общества изображались, в первую очередь, с точки зрения согласованности, регулярности и непрерывности системы правил и власти этих правил, обуславливающих поведенческое соответствие»⁵⁰. И только

⁴⁸ Это было продемонстрировано в работах Святого Фомы Аквинского, Рене Декарта, Готфрида Вильгельма Лейбница. О дебатах формалистов и антиформалистов см.: Varga C. *Lectures on the Paradigms of Legal Thinking*. Budapest, 1999; Conklin W. A. *The Phenomenology of Modern Legal Discourse: The Judicial Production and the Disclosure of Suffering*. Aldershot, 1998.

⁴⁹ Varga C. *Theory of the Judicial Process: The Establishment of Facts*. Budapest, 1995.

⁵⁰ Reynolds N.B. *Rule of Law in Legal and Economic Theory* // L.E. Kotsiris (ed.) *Law at the Turn of the Twentieth Century*. Thessaloniki, 1993. P. 373.

позже было признано, что «суть человеческой жизни лежит не в следовании правилам и в вознаграждении добродетели, а в максимально эффективном использовании правил для собственной корысти, в зависимости от ситуации». С того времени социальные теории меняются — «правила рассматриваются как неоднозначные, гибкие, противоречащие друг другу, непоследовательные... Они служат в качестве ресурсов для используемых стратегий, которые варьируются от человека к человеку, от ситуации к ситуации... Порядок никогда не будет полным и никогда не может быть таковым»⁵¹.

Итак, юриспруденция может комфортно дрейфовать, приводимая в движение концепцией нормативности (силой нормативных актов и т.д.), в то время как нет абсолютно никакого научного подтверждения тому, что право от этого может получить поддержку⁵². Это может привести к циничным, откровенно релятивистским позициям — например, сухой констатации того, что «создание правил и социально-символического порядка является человеческой деятельностью, сравнимой с манипуляциями, ложью, подделкой, заменой и уничтожением правил и символов, в которую люди кажутся почти одинаково вовлеченными»⁵³. Этой альтернативы можно избежать, если мы осознаем тот факт, что это описание исходит от классического автора по культурной антропологии: он опирается на диагноз стандартного человеческого поведения ровно настолько, чтобы этот диагноз мог продемонстрировать характер возможного порядка, восходящего из хаоса.

Предыдущее статическое видение порядка (в ракурсе которого порядок оказывается овеществленным с механической простотой) заменено возможностью порядка, описываемого как процесс, движущийся за счет непрерывного динамизма флуктуационного движения. В плане методологии, породившей этот ход мысли, можно упомянуть, с одной стороны, теорию речевого акта Людвиг Витгенштейна, а с другой стороны, когнитивные науки, которые играли решающую роль в становлении подобной методологии. В качестве новой системной концепции этот подход может стать отправной точкой для формирования самоорганизованного объекта через аутопойезис — т.е. через процесс, в котором системный конечный

⁵¹ Edgerton R.B. Rules, Exceptions, and Social Order. Berkeley, 1985. P. 13–14.

⁵² Luhmann N. A Sociological Theory of Law. London, 1985. P. 13: «Пока не существует единого начала в социологической теории позитивности права» (P. 20).

⁵³ Moore S.F. Law as Process: An Anthropological Approach. London; Boston, 1978. P. 1.

результат показывает твердую и уверенную самоидентичность, несмотря на то, что его внутренние регулирующие принципы сформированы через изменчивый и длительный процесс. Англо-американское движение критических правовых исследований изменило ландшафт самым радикальным образом, хотя окончательные выводы были сделаны новой онтологией права⁵⁴.

Причина в том, что онтология права смогла поднять уровень дискурса на более высокий уровень с точки зрения социально-научной значимости — ей удалось разместить в рамках *процесса-описания фактического действия права* внешнюю идеологическую критику и критику методологии, применяемой юристами при обосновании своего мировоззрения. Эти компоненты предстают как истинные онтологические сущности. Данный ракурс характеризует общий социальный комплекс в том виде, в котором он существует в любой момент времени в качестве самоутверждающего усилия, проявляющегося во взаимодействии с частичными комплексами, которые изначально наделены долей относительной автономии. В конечном итоге, формируется некое окончательное (тенденциозное) единство. Скрытый конфликт интересов встроен в коллизии различных проявлений правового формализма; это имеет место и в тех ситуациях, когда абстрактные позитивно-правовые нормы применяются в конкретных случаях, вызывая расхождения в практической реализации.

Странно для нас вспоминать сегодня о Фридрихе Энгельсе, о том, насколько его многогранное понятие диалектики было упрощено, стало в советской версии марксизма средством для описания неумолимых (автоматически предопределенных) социальных процессов, стало материалистической теологией порядка, которая обладает превосходством, совершенством и полнотой⁵⁵. Также вызывает улыбку воспоминание о дилетантизме китайского социалистического диктатора Мао Цзэдуна⁵⁶, о его поверхностной философии (которая, кстати, также основывается на элементах восточной

⁵⁴ Varga C. 1) Towards the Ontological Foundation of Law (Some Theses on the Basis of Lukács' Ontology) // Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto [Roma]. 1983. № LX (1). P. 127–142; 2) The Place of Law in Lukács' World Concept. Budapest, 1991. P. 69 ff.

⁵⁵ Varga C. Autonomy and Instrumentality of Law in a Superstructural Perspective // Acta Juridica Hungarica. 1999. № 40 (3–4). P. 213–235.

⁵⁶ Mao Tse-tung 1) On Contradiction. Peking, 1952; 2) On Practice and Contradiction. London; New York, 2007.

мудрости), которая, возможно, затем открыла глаза уже советизированной Центральной и Восточной Европы на понимание того, что опровержение, противоречие не есть антоним порядка. Это не анархия, не бунт, не контрреволюция; следовательно, противоречие не является ни вопросом пресловутой государственной безопасности. На самом деле оно является естественным признаком жизни, истинным образом жизни любого организма, который реально функционирует.

3. Специфика большого порядка

Перенося здесь наше рассуждение в сравнительно-историческую перспективу, мы могли бы поднять вопрос о том, какие методы могут обеспечить предсказуемость, уверенность в исходе, однородности, одинаковом результате, в деталях, вытекающих из квази-механического действия закона. Конечно, древняя китайская конфуцианская идея, основанная на ритуале (ли), не будет здесь единственной. Вряд ли может быть иное средство для действенного гарантирования общего порядка в огромных обществах и гигантских массах народов, чем надежда на самоподдержку, на моральную инициативу каждого. Этот подход ясно противопоставляется европейской традиции прошлого и коренится в жизненном опыте относительно небольших общин; например, наша история с библейскими евреями, греческими полисами или ранними римлянами.

Старая китайская версия порядка из хаоса доверила задачу общественного контроля инициативе тех, кто был частью этого хаоса. Хотя такое решение, возможно, породило местные различия, оно нашло одобрение у тогдашних людей, поскольку было ответом на ожидания всех тех, кто участвовал в тех процессах. Право Европейского Союза также породило различные локальные правовые позиции, поскольку его центральные акты реализуются через толкование национальными юристами и судопроизводство. Мыслимо ли, что при достижении в рамках отдельной области значительных размеров экономики, сами эти размеры окажутся селективным фактором для установления рамок, внутри которых может быть сохранен социальный порядок?⁵⁷

⁵⁷ Следует отметить, что в аналогичном контексте появляющейся на ранней стадии советско-российского правового развития, так называемая революционная законность была основана на совершенно свободном усмотрении так называемых революционных судов. Эта законность служила делу революционизирования, т.е. политической мобилизации масс к тому, чтобы взять инициативу в свои

VI. Европейское право в практике

Окончательным результатом нашего анализа является заключение о том, что не существует некое исходное европейское право. Пока в ЕС есть страны-члены, только их циклически обновляющийся консенсус (который идеально достигается через взаимный компромисс) может производить европейское право. Они могут сделать это в сообществе наций, в котором все участники номинально равны. Тем не менее, на практике их конкретный размер, экономическое благосостояние и, не в последнюю очередь, их уровень в масштабе развития европейской культуры в Европе делает из них игроков с разными шансами на успех на фоне непрерывных проблем и испытаний. Их ловкость, выносливость, нацеленность на результат, тактическое мастерство проходят испытания каждый день. Там конечно нет проигравших *per se* — есть только игроки, чьи интересы оттеснены на второй план. Таким «проигравшим» государствам и нациям уготован менее благоприятный путь, они оказываются менее активными в плане поддержания собственной динамики. Действительно, если новый правовой порядок «должен обрести реальность и полное значение, он не может быть просто расширением любой одной из составных правовых систем к более масштабной области»⁵⁸. Вместо этого мы имеем общую сумму всех частей, в которую включены те нации, которые ранее влились в общий поток, в общем порядке, надлежащим образом.

Данный подход проливает особенно важный свет на явление, которое мы склонны именовать как структурной отставание права Центральной и Восточной Европы. Это отставание объясняется наследием социалистической политической системы, которую мы были вынуждены терпеть и которая отчасти продолжает оказывать влияние на реальность. В частности, это означает, что после Второй мировой войны мы не смогли непосредственно познакомиться со

руки. Правда, после нескольких лет данного эксперимента, Ленин обратил эту тенденцию в пользу консолидации, чтобы подготовиться к следующему этапу социалистического строительства, к отходу от партикуляризма, характеризовавшегося термином «калужская законность». Ср.: Varga C. *Lenin and Revolutionary Law-making* // *International Review of Contemporary Law* [Brussels]. 1982. № 1. P. 47–59. См. также: Borisova T. *Law between Revolution and Tradition* // *National Research University Higher School of Economics Saint-Petersburg International Colloquium «Law and the Global World Community»* (27–28.01.2012). P. 49.

⁵⁸ Mitchell J.D.B. (1971) «British Law and British Membership», *Europarecht*. 1971. № 6 (2). P. 98.

значительными изменениями, которые произошли в западноевропейском и североатлантическом праве, освоить связанные с такими изменениями практические навыки. Также мы не ознакомились с тем, как в праве реализуются социальные идеи, такие как (1) использование отсылок к естественному праву ввиду «природы вещей»; (2) аргументация и убеждение, основанные на принципах и условленных положениях; (3) дискурс с точки зрения прав человека и в призме конституционализации ряда вопросов; (4) открытое соревнование и выбор ценностей, которые должны быть защищены (на основе сравнения друг с другом). Также мы не заметили изменений, связанных с тем, что юридическая функция развилась от просто дозатора официальных разъяснений к пути и инструменту разрешения многоакторных социальных проблем⁵⁹.

Вытекающий из этого неумолимый вывод — из трихотомии типологии предмодерна, модерна, и следующего за ним постмодерна, потенциал имеет только последний. Средства постмодернизма, по сути, остались неиспользованными в юридической практике бывших социалистических стран Центральной и Восточной Европы. Сфера нашего действия была ограничена тем, что предоставляет модернизм. Это, очевидно, привело к относительной неконкурентоспособности, которая является своего рода нашей «врожденной недостаточностью» на общем европейском правовом рынке.

⁵⁹ Об этих новых формах и направлениях см.: Varga C. What is to Come after Legal Positivism? Debates Revolving around the Topic of «The Judicial Establishment of Facts».

Право, юридический процесс и судебское сознание

1. Устройство и реконструкция правовой действительности

Для целей онтологической реконструкции смысл понятия *juristische Weltanschauung* (нем. правовое мировоззрение. — Пер.) как одного из исходных элементов истинной сущности права (в дополнение к объективированному воплощению) точно раскрывает тот факт, что институционализированное социальное существование, каким бы оно ни было, всегда поддается упрощению, обоснованному в ньютоновском мировоззрении (согласно которому действительность сводится к случайному соединению случайных циклов, порождаемых воздействующими на них материями и энергиями). Поэтому мы можем и должны разграничивать устройство само по себе (как исходное начало) и его существование для определенной функции (как внешнее дополнение, впоследствии соединяющееся с первым в результате целенаправленного или случайного действия), хотя при рассмотрении динамики общества и общественных институтов есть искушение упростить анализ, взяв два названных элемента в виде двустороннего механизма, организованного в единую функциональную систему. Тем не менее в отличие от физического мира в мире социальном признаки явлений удобно выводить из их фактического развития, которое является их подлинным существованием и может рассматриваться исключительно через особое свойство «социальной сущности».

Следовательно, онтологическая характеристика сложившегося в среде юристов подхода к применению норм права, заключающегося в использовании устоявшихся профессиональных канонов, описывающих виды интеллектуальных операций, которые юристу нужно совершить, ссылаясь на норму права и на реальные дела, разрешаемые судьями (как если бы все это было просто заключением, вытекающим из действующего в данное время права), едва ли соответствует тому, что называется *профессиональной деонтологией*.

ей. Такая ситуация является результатом не просто неправильной идеологии (как это обычно трактуется в марксизме), она вызвана особым методом (воображаемым? реальным? в любом случае существующим) истолкования действительности, контролируемым необходимыми внутренними ссылками, выполняющими функцию посредника, заполняющего пробелы, как при представлении об одной и той же основной идее, отстаиваемой при профессиональном толковании норм, как применимой к функционированию всего нормативного мира. Значит, если норма не является ни описательной (а следовательно, обязательно правильной или неправильной), ни «отражением» (несмотря на то что ее словесное выражение предполагает некоторое описание онтологических отношений), такое регулирование действительности посредством норм неэффективно, поскольку нет альтернативы при принятии практического решения (хотя нормативное толкование нормы иллюстрирует и официально подтверждает ее как таковую).

2. Недостаточность постулируемого права

Дуализм «права на бумаге» и «права в действии» (изначально сформулированный Роско Паундом как новая категория юридической социологии после того, как он пришел к выводу, что установление само по себе еще не влечет тех последствий, которые возникают при реализации) превратился в настоящий парадокс, когда стало также очевидно, что отличающиеся нормативные режимы, до такой степени различные по структуре, что кажутся несопоставимыми, тем не менее могут оказывать вполне сопоставимое влияние, если измерять даваемый ими социальный эффект в государствах, достигших в целом одинакового уровня развития.

Таким образом, возникает вопрос, возможно ли существование скрытого (и, следовательно, непризнанного) «волшебного» (оказывающего влияние на иные культуры или посредством их) сходства (или неких механизмов воздействия, приводящих к одному и тому же результату) между регулирующими и контролирующими правилами поведения, выраженными разными языковыми средствами и обусловленными столь же различными культурными контекстами? Или же нормы, устанавливающие эти правила, могут рассматриваться при принятии решений только как оформление и основа нормативной идеологии, в то время как фактически иные (способствующие реализации) обстоятельства в той или иной степени влияют на принятие решения в реальном процессе?

3. Онтологическая реконструкция судебного процесса

Ответ следует искать так: возьмем реально существующее «судейское сознание» как «черный ящик» (символ саморегулирующей кибернетической единицы), внутренние законы которого остаются неизвестными. Мы можем лишь предпринять попытку реконструировать его работу посредством анализа процесса обработки информации, сравнивая исходную информацию и соответствующие этой информации результаты обработки.

Прежде всего «судейское сознание» нацелено на разрешение (через урегулирование) вынесенных на судебное заседание конфликтов интересов (вызванных ими ценностных конфликтов). Решение происходит путем утверждения судьей того варианта решения конфликта, который он посчитает наиболее законным из всех возможных или представленных, и путем исполнения, насколько позволяют условия и «система исполнения» (*Verfullungssystem*), существующая при данном правовом режиме. Весь этот механизм работает с помощью *юридической техники*, создающей в принципе в каждом случае равную вероятность выбора (т.е. не ограниченную и не контролируемую логически) таких технологий из множества возможных (в том числе противоречащих друг другу), с помощью которых одна сторона может отстаивать норму как относящуюся или не относящуюся к рассматриваемому делу (как применимую или неприменимую). Следовательно, с помощью названных технических приемов во имя нашего всеобщего уважения закона как слишком суровое, так и справедливое судебное решение может приниматься почти произвольно. Строгость формулировок закона может смягчаться, если цель решения — стремление «сделать право живым и жизнеспособным».

Значит, за реализацией правовых норм и идеологией простого применения нормы права всегда стоит человек, обладающий собственной системой ценностей и, более того, средствами, используемыми при принятии решения. Для герменевтического определения норм как культурных предпосылок (*Vorverstandnis*) рассмотрим влияние на судебное решение как фактов, образующих состав конкретного деяния (*Tatbestand*; совокупность юридически значимых фактов, подлежащих рассмотрению), так и нормы, применимой к ним (включая ее действительный смысл, воспроизводимый при применении к отдельному делу). С одной стороны, *логическое обоснование* всегда предопределяет выбор из нормативного массива группы норм, подходящих к конкретному делу и соответствующих

ему. В свою очередь выбранные нормы будут влиять на то, какие факты могут быть признаны относимыми для применения к ним соответствующих норм. С другой стороны, с точки зрения *логики решения проблем* (истинной логики процесса) рассматривать факты и нормы следует в их взаимосвязи, когда они отражают, дополняют друг друга и проходят взаимную проверку.

Вот почему при онтологической реконструкции судебного процесса судебная деятельность вместе с предписаниями закона и так называемыми фактами может быть названа лишь одним словом — *манипуляция*. В качестве промежуточного продукта юридического устройства действительности такая манипуляция производит прецедентное право, с одной стороны, и правовой прецедент — с другой. Первое представляет собой право, примененное в конкретной жизненной ситуации, в то время как второе поддерживает юридическую реконструкцию фактов реальной жизни, которые впоследствии будут оцениваться с точки зрения права. Необходимо отметить, что единственная причина и истинные корни этих явлений лежат в их взаимном отражении; это факт, несмотря на официальную позицию судов, которая должна основываться на гипотезе (взятой в качестве идеологического заявления), что все они устанавливаются независимо и потом соотносятся друг с другом.

4. Право как норма, право как культура

Подводя итог сказанному, подчеркнем, что право не может сводиться только к составляющим его нормам. Более того, сходные и различающиеся положения законов нельзя свести даже к такой особенности правового контекста, как *mentalities juridiques* (фр. судейский менталитет. — *Пер.*) (это понятие до настоящего времени применяется только во внутренних коллизиях европейской правовой системы, состоящей из норм статутного и прецедентного права). Претворение в жизнь различных правовых культур, лежащих в основе правовых норм, — лишь часть более широкого вопроса, который, на мой взгляд, может быть выявлен только в ходе дальнейших исследований того, что я предлагаю назвать «сравнительное судейское сознание» в рамках анализа еще более широкой сферы — сравнительно-правовой культуры.

Понимание того, как именно функционирует «черный ящик» судьи, обещает дать ответ на вопрос, заданный ранее: является ли право как совокупность законов одним из относительно самостоятельных элементов сложной юридической системы (возможно, опре-

деляющим), нацеленным на регулирование и фактический контроль за поведением, или право представляет собой только один из способов (может быть, определяющий) выражения культурных ожиданий, по-разному формулируемых в сложных социальных структурах, понимаемых в широком смысле как общая совокупность, которая не может заменить весь комплекс социальных структур (последние необходимо рассматривать в рамках как культурного контекста, так и процесса возникновения во взаимодействии в целом).

В общем при сравнительном анализе судейского «черного ящика» возникает двойная задача: с одной стороны (из чисто теоретического интереса), историческое «юридическое картографирование», т.е. изучение возможных классификаций существующих или существовавших ранее правовых событий на *theatrum legale mundi*, где отражается наше историческое и культурное разнообразие; а с другой стороны (для обеспечения взаимного познания и из чисто практического интереса), исследование взаимодействия между цивилизационными надстройками с различными подходами, понятийным аппаратом, институтами, восприятием и профессиональными навыками для расширения кругозора в ходе продолжительного процесса познания.

5. Саморазвитие права в постмодернизме

До этого момента мы исследовали вопрос на основании широко распространенной доктрины классического юридического позитивизма — традиционного и наиболее приемлемого подхода к праву в западной цивилизации. Однако в дальнейшем мы будем учитывать и иные теоретические предпосылки, расширяя круг проблем: примем во внимание существование собственно правовых, так называемых постмодернистских условий, в которых новое *juristische Weltanschauung* будет демонстрировать (или просто считать неопровержимым фактом) пересмотр или отказ от юридического позитивизма (в узком значении позитивного права) в правовом режиме, который провозглашается полностью (α) сложившимся, (β) мультикультурным, (γ) многополярным, в соответствии с условиями, при коих (δ) даже возможная кодификация не может быть направлена ни на что другое, кроме как на предвидение систем, которые следует проанализировать (δ/1) на уровне принципов (δ/2) как предложение лучших на данный момент решений (позже может быть изменено), из чего (δ/3) прямо вытекает необходимость дальнейшего судейского развития (совершенствования и адаптации к но-

вым условиям); или, говоря кратко, (е) окончательное превращение классического юридического позитивизма в явление, называемое специалистами «юридический социопозитивизм» (*sociopositivisme juridique*). Итак, наше исследование должно объяснить, каким образом новые условия (их нужно рассматривать вместе с изменениями, происходящими в настоящее время) повлияют на задачи, которые будут ставиться при применении норм права судьями в реальных процессах.

Международное развитие права порождает еще один дискуссионный вопрос. Он частично посвящен тем формам, которые классический юридический позитивизм может принять в результате описанного ослабления позиций в сфере международного права в узком смысле, а также формам, которые, возможно, появятся в структуре и внутренней организации международного гуманитарного права, когда эта отрасль окончательно оформится. Как известно, структура международного гуманитарного права основывается в большей степени на требовании к образу мышления, устанавливающему определенные (четко ограниченные) ценностные ориентиры в военном, гражданском стратегическом, тактическом планировании и осуществлении планов, в отличие от традиционной схемы регулирования, применяемой в праве по сей день, где закрепляются только правила поведения. Итак, вопрос заключается в следующем: какое влияние такой метод регулирования может и, вероятно, будет оказывать на развитие национального права и на разнообразие правовых актов, которые примут в будущем?

6. Право как метафора

Очевидно, что до тех пор, пока нет полного понимания, основанного на тщательном анализе, роли права в социуме (что именно позволяет ему оказывать нормативное воздействие в сферах общественной жизни как в том, что «должно (*Sollen*)», так и в том, что «есть (*Sein*)»), мы не сможем контролировать процесс формирования и развития права, т.е. весь его «путь». Следовательно, мы не можем рассматривать право иначе, как в чисто символическом смысле, в метафорическом значении: как исключительный способ закрепления каких-либо знаков, на которые, самое большее, можно сослаться. Когда мы действуем как юристы-практики, в повседневной деятельности мы обычно определяем право через его объективированную форму, посредством процессуального применения нормативных актов, материальных носителей, содержащих словесные

формулировки права; однако как юристы-теоретики мы осознаем, что такие нормативные акты являются не более чем упрощенным и сокращенным выражением понятия «право», никакие критерии, установленные фактически закрепленными положениями идеологии (временно подтвержденными в юриспруденции), не могут использоваться для научного описания и определения. Именно поэтому основная цель нашего исследования — максимально точное описание обязательных, фрагментарно закрепленных вопросов (составных частей) права (их, конечно, необходимо отграничивать от определений, лежащих вне относительных условий «в том или ином смысле», «более или менее», так как сущность правовой нормы, выраженной языковыми средствами, неизменна для писаного права, применяемого права, права, рассматриваемого в доктрине так называемой *Rechtsdogmatik* (нем. правовой догматики. — Пер.), и права как объекта науки) вместе с социальным, институциональным, интеллектуальным контекстом, в котором развивается право и в котором в конечном счете будут разрабатываться новые нормы и дополняться уже существующие.

7. Европейское право и международное право

Стремление получить исчерпывающие ответы на поставленные вопросы согласуется с нашим желанием гармонизировать нормы права в рамках Европейского Союза (унифицировав их путем общей кодификации или другим способом) и обеспечить, отвечая на вызовы времени, обусловленные процессом глобализации, соблюдение «принципа господства права» и «законности» как посредством дальнейшего формирования норм международного права, так и в особенности за счет принятия решений международными организациями (такими как Организация Объединенных Наций). В настоящее время в этой сфере под угрозой оказались не только иллюзии. Почти решен вопрос о том, что в соответствии с моделью, предлагаемой национальными конституционными судами, в высшие органы крупных международных организаций (среди них в литературе особо выделяется Совет Безопасности ООН) должны быть встроены юридические «фильтры» для контроля за деятельностью этих организаций согласно «международному принципу господства права», даже если не совсем четко определено, что именно подразумевается под таким принципом и как его можно оценивать в многосторонней сложной системе, управляемой различными силами в постоянно меняющихся условиях.

8. Право как бытие, право как условность

Все эти обстоятельства являются предпосылками к прояснению основного вопроса (одновременно обуславливающего и обусловленного) о том, в какой форме реально существует право.

Ответ на всеобъемлющий вопрос, из чего в итоге формируется и состоит право, можно получить только на основе изучения действий, с помощью которых право применяется и выполняет функции, практической деятельности (в том числе способов периодического пересмотра стандартов и обновления заведенного порядка) или в целом анализа интеллектуальных (мыслительных) операций, выполняемых посредством правовых норм (в то время как обращения и (или) ссылки делаются на нормы права). Необходима реконструкция того, что именно в конечном счете понимается под правом, более того, посредством такого анализа может быть установлено, какие отношения возникают между различными его аспектами (свойствами, характеристиками и т.д.), называемыми «правом», и практическим выводом (обычно утверждаемым судьей), именуемым «юридическим выводом, сделанным судом».

9. Право, воплощенное в текстах, право осмысленное и логизированное

Для того чтобы ответить на поставленные вопросы, относящиеся ко всем юридическим обычаям и классификациям, нужно решить следующие задачи. Во-первых, рассмотреть, в полной ли мере право воплощается в существующих письменных сводах, или эти тексты предназначены только для того, чтобы почерпнуть из них информацию о правовой норме, или иллюстрируют определенные нормы, выступают справочным материалом, с помощью которого можно осознать богатство системы права, или представляют собой вспомогательные записи для наиболее приемлемого и последовательного применения норм права. Во-вторых, определить, концептуализировано ли право в лингвистическом носителе, т.е. являются ли использованные слова одновременно системными и таксономическими единицами в смысловой структуре, построенной на различных уровнях обобщения с требованием полной завершенности, или же лингвистическое выражение служит единственной цели — сделать возможным процесс передачи информации, относящейся к праву, причем данные просто перечисляются, описываются, но не создается никакой классификации, существующей в относительно замкнутых и внутренне организованных системах. В-третьих, установить,

возникает ли в ряде последовательных мыслительных операций, направленных на достижение взаимного отражения норм права и фактов, составляющих существо дела, решение, подлежащее принудительному исполнению как его логическому следствию (и параллельно требованию четкого формального обоснования, исключающего любую неоднозначность принятого решения), либо логика остается фактически только на заднем плане, выполняя лишь контрольную функцию, если вообще играет какую-то роль.

10. Новация, решение, установление исключений и момент принятия решения

Наше исследование требует изучения применяемых юридических техник, способных развиваться в любой юридической системе в степени, подходящей для данной страны. Эти техники, с одной стороны, (a) гарантируют необходимую стабильность всякого отдельно взятого правопорядка и сохраняются в своем первоначальном виде, несмотря на внешние изменения, которым они в то же время должны соответствовать; (b–c) производят действенные средства, которые могут быть в любое время изменены для повышения эффективности, а с другой стороны, техники (d) завершают взаимное отражение норм и фактов, исключая любое сомнение, большей частью посредством просто факта (или авторитета) принятого решения или описания, устанавливающего их предполагаемую логическую достоверность.

Первое направление (a), связанное с выбором применяемых юридических техник, реализуется путем достижения баланса между противоположными явлениями *conservacio* и *novacio*. Оно предполагает лишь частичное обновление путем толкования. Однако это происходит только в некоторых ситуациях в определенное время, так как уравнивается сохранением статуса кво в других сферах и на иных территориях. Второе направление (b), иногда реализуемое параллельно с первым, развивается между явлениями *ius strictum* и *ius aequum*, в настоящее время рассматриваемыми как различные аспекты постоянно эволюционирующей всеобщей регулирующей системы. Реализация данного направления может привести либо к ослаблению первоначально закрепленной строгой нормы, либо к ужесточению трактовки понятия «справедливость». При этом в каждом случае необходимо сохранить баланс между строгостью и справедливостью. Третье направление (c) представляет собой свободный выбор (явление не новое в юридической технике) между яв-

лениями *generalisacio* и *exception*. При этом сохранение — новация и (или) строгость — смягчение или приобретают очень общий характер, или становятся исключением. В итоге (d) для этого абстрактные правовые конструкции могут соотноситься с, проецироваться на и приписываться фактам действительности посредством формальных синтезирующих процедур, объединяющих различные по своей природе «должно (Sollen)» и «есть (Sein)» в рамках судебного решения, где дается правовая квалификация фактов. Также требуются безупречно с технической точки зрения формализованные действия (напоминающие, скажем, существовавшее в римском праве юридическое действие обряда манципации, который осуществлялся как учреждающий акт с нормативным эффектом путем легко запоминающегося формального обязательного действия). Формальное действие выступает элементом доступных юридических технологий доказывания (*justification — motivation*), направленных на определение логической юридической квалификации (*subsumptio*) и установление связей внутри системы правовых норм (*subordinatio*). Это поможет определить алгоритм достижения равновесия (а также взаимозависимости, аналогии и сходства) между двумя сторонами в связи с логическим толкованием установленной между ними взаимосвязи.

(Необходимо отметить, что классический набор юридических навыков должен быть расширен за счет включения навыков аргументации, основанной на базовых принципах права, навыков категоризации дел, обращения к восполнению пробелов в праве как в целом, так и в конкретных делах, связанных с так называемыми гибкими или неоднозначными условиями договора.)

11. Задачи на перспективу

Данная статья направлена на изучение сложных проблем, еще не подвергавшихся глубокому исследованию и базирующихся на новых теоретических утверждениях, выходящих за рамки официальной науки. Мы стремимся дать новое толкование дуализма «права на бумаге» и «права в действии», когда между первым и вторым находится только судебский «черный ящик», рассматриваемый в данной работе, который может открыть совершенно новые перспективы, поскольку признается факт социального влияния как характеристика онтологической сущности права.

Таким образом, особенности права, фактически понимаемые чаще всего как факультативные элементы или просто случайности,

происходящие в результате неправильного толкования (и трактуемые, если они вообще трактуются, эпистемологически), служат основой онтологии права. Параллельно с разграничением логики решения проблемы и логики формального обоснования данного решения традиционное определение понятия юридической техники как лишь дополнительного элемента в наборе правовых инструментов заменяется на совершенно новое, где заключен творческий потенциал, позволяющий получить максимальный результат. В ходе исследования «сравнительного судейского сознания» понятие «правовая ментальность» (популярное сейчас и достаточно полезное при прогнозировании перспектив взаимопроникновения или расхождения статутного и прецедентного права в Европейском Союзе) преобразуется в трансдисциплинарное и может быть описано только посредством ряда междотраслевых исследований.

Такие аспекты права, как его исчерпывающее воплощение в текстах, окончательное осмысление или тщательное логическое структурирование, никогда не рассматривались в рамках сравнительно-исторического анализа. Более того, до сих пор по ним не создана теоретическая база ни в целом, ни для различных проявлений этих аспектов права в разных юридиико-культурных системах. То, что мы называем «постмодернистскими вызовами» права, подробно описано в литературе, однако они не рассматриваются как части (или одна весьма существенная часть) ни в одной из *Juristische Methodenlehre* (юридической методологии). Почти то же самое можно сказать о международном праве, так как до настоящего времени ни методология гуманитарного права, ни проблема постпозитивизма в международном регулировании не были предметом осмысления, обобщения и применения в юридической философии.

Попытки объединения, кодификации, гармонизации права в государствах — членах Европейского Союза выражаются большей частью политически и фрагментарно, скорее в *travaux préparatoires*, а не во всех возможных формах реализации, включая юридиико-философские аспекты. По сути, выражения «норма права» и «международная норма права» чаще всего используются просто как яркие и емкие словосочетания без глубокого теоретико-методологического анализа, проведение которого предлагается в данной статье. Необходимо признать, что сама по себе концептуализация любого явления становится новеллой в науке.

Влияние настоящего исследования будет выражаться (1) в более дифференцированном комплексном представлении о праве, где над

точками зрения представителей классического позитивизма и пост-позитивизма будет преобладать идея, основанная на чем-то реально работающем, а не только имеющем формальное закрепление; (2) в *theatrum legale mundi* с тщательным сравнительно-историческим обзором разновидностей судебского сознания, функционирующего в различных вариантах (сейчас и в прошлом), и (3) в юридико-философском обосновании (а) того, что может подразумеваться (α) под нормой права и международной нормой права, (β) под унификацией, кодификацией, гармонизацией нормативных актов, особенно в рамках Европейского Союза; (б) влияния, которое могут оказывать так называемые постмодернистские условия права (категоризация дел и аргументация) на будущие судебные решения ввиду ускорения распада классических норм позитивного права; (с/α) влияния на другие отрасли права особой методологии международного гуманитарного права, включая вопрос (с/β) о влиянии нововведений постмодерна и особенностей международного гуманитарного права на общее и отраслевое понимание терминов «норма права» и «международная норма права».

Ленин и революционное правотворчество

Социальные революции, в ходе которых новый класс захватывает власть в свои руки с тем, чтобы изо дня в день в корне преобразовывать систему общественно-экономических отношений, в процессе реализации своих целей сталкиваются со множеством непредвиденных факторов. Идейно-практическая подготовка революции, т.е. теоретическая разработка основных черт революционной программы захвата власти, сама по себе еще недостаточна, так как на новую государственную власть, на конкретные формы и методы деятельности могут оказать влияние и неучтенные элементы. Окончательное решение или уточнение частных технических вопросов или возможных вариантов тактики «в рамках революционной стратегии принимается только в момент революционного действия, непосредственно перед ним. Наряду с этим объективным обстоятельством трудно заранее учесть большие или меньшие субъективные ошибки, вытекающие из сложности государственного управления нового класса в новых условиях новыми методами. Кроме того, революция не может выполнить всю программу сразу, без временных, но тактически обоснованных уступок, без экспериментов относительно применяемых методов или решений, без вытекающих из них возможных ошибок и поражений переходного периода. Все это накладывает своеобразный отпечаток на процесс создания революционного права. Революционное правотворчество во многих отношениях отличается от процесса создания права в условиях стабилизированной, сформировавшейся системы, обладающей традициями и опытом. Это своеобразие проявляется в первую очередь в формах законодательства, в самой его технике.

Для революционного права свойственны прежде всего общий характер законов и других актов (они имеют форму декларации или воззвания); непосредственные, простые, ясные формулировки постановлений; относительно свободная структура законоположений, когда в одном акте объединяются принципиальные практические или политические мотивировки и законодательные постановления

ния; агитационно-воспитательный характер, служащий средством революционной пропаганды; особенности структурно-языкового оформления законоположений. Естественно, мы не хотим утверждать, что эти свойства полностью характеризуют все революционное законодательство или только революционное законодательство; здесь речь идет лишь о том, что они образуют структурные особенности революционного законодательства, создающего новую систему права и качественно новые учреждения вместо старых, уничтоженных в ожесточенной борьбе.

Начальный период развития советского социалистического права отличается тем, что правовые акты большей частью ограничивались регулированием общественных отношений лишь в самом общем виде. В.И. Ленин решительно стремился к тому, чтобы постановления молодой Советской власти не изобиловали подробностями, не определяли конкретной формы или конкретного метода практического выполнения. Оглашая во второй день революции сформулированный проект одного из первых декретов — Декрета о земле, Ленин подчеркивал: «...мы не хотим детализации... Россия велика, и местные условия в ней различны»¹. Через 10 дней, в ходе обсуждения вопроса о закрытии буржуазных газет и введении монополии на частные объявления, он сказал, что хотел бы, чтобы этот акт Советской власти осуществлялся применительно к условиям на местах, а не буквально². Требование такого общего характера актов центральной власти, естественно, одновременно влекло за собой обязанность каждого отдельного адресата творчески, по-своему, но никак не нарушая сути принятых постановлений, применять самые различные формы, способствуя выбору наиболее подходящих способов действия, конкретизации решений. Общая форма, в которую облекались первые законодательные акты Советской России, обусловливалась верой авангарда революции в массы, верой в их творческие силы. В.И. Ленин именно это считал основой нового законодательства, хотя знал, что общий характер правовых норм может вызвать множество разнообразных нежелательных явлений, в частности привести к злоупотреблениям, даже создать возможность для их осуществления под предлогом выполнения норм права.

Следует заметить, что в отношении большинства законов не существовало альтернативы, потому что специфические условия

¹ Ленин В.И. Полное собрание сочинений. Т. 35. С. 27.

² Там же. С. 54–55.

революции в России — проведение ее на огромной территории, неодинаковые местные условия, недостаток времени и т.д. — делали объективно невозможными конкретные указания для приведения в исполнение постановлений и распоряжений. Во многих случаях подобная ситуация сохранилась и через несколько лет после завоевания власти. Например, в декабре 1919 г. в связи с одним положением закона о социалистическом землеустройстве В.И. Ленин констатировал: «Выразиться как-либо иначе в законе, дать в нем какие-либо практические указания мы не могли. Нам надо было установить общие положения и рассчитывать на то, что сознательные товарищи на местах будут добросовестно применять этот закон...»³.

Концепция В.И. Ленина об уровне законодательства, уровне правового регулирования в ранний период победы революции сформировалась под влиянием анализа условий революционных преобразований и поисков оптимального способа правового регулирования на то время. Ленин действовал в этом вопросе как руководитель революции, он не возводил свою концепцию в Абсолют, не распространял ее ни на дальнейшие этапы развития советского права, ни вообще на развитие социалистического права. Однако эти ленинские идеи дают основание для общего вывода: принятый сегодня в социалистических странах уровень правового регулирования не может безоговорочно выступать в качестве единого принципа. Уровень правового регулирования в странах, ставших на путь революционного преобразования, зависит от предварительно накопленного опыта (практики создания и применения правовых норм) и определенной стабилизации общественно-экономических условий.

В любом законодательстве в большей или меньшей степени есть элемент неопределенности, так как реализация законов обусловлена социальной действительностью: она может быть успешной только тогда и постольку, когда и поскольку гипотеза или теоретическая модель, положенная в основу законодательства, будет соответствовать реальной тенденции развития социальной действительности, и, с другой стороны, эта гипотеза или модель получит наиболее целесообразное выражение посредством соответствующей правовой техники и формы. Эти два положения учтены в работах В.И. Ленина и объясняют, чем было обосновано стремление В.И. Ленина к законодательству, содержащему только правовое регулирование в принципе, без детализации. В Советской России в революционный переходный период от-

³ Ленин В.И. Полное собрание сочинений. Т. 39. С. 378.

сутствие стабильности общественных условий, недостаток непосредственного опыта государственного строительства, как правило, большое разнообразие местных особенностей, временное значение большинства новых законов, необходимость проведения экспериментов — все это обуславливало то, что в революционный переходный период форма регулирования, имеющая в высшей степени общий характер, определяющая лишь главное, принципиальное, была оптимальным, наилучшим образом предостерегающим от ошибок решением. Это было решение, возлагающее выбор наиболее рациональных способов действия на непосредственных исполнителей.

Отсюда можно сделать вывод, что ленинская концепция законодательства, носящего лишь принципиальный характер, ограничивалась только переходным периодом, так как большая часть правового материала того времени была направлена на выбор целесообразных форм исполнения; одновременно она основывалась на требовании все в большей степени опираться на результаты опыта, на его убеждающую силу, на уровень политического развития населения и технические приемы, приобретенные в ходе исполнения.

Так, в марте 1919 г. в связи с регулированием отношений с крестьянством В.И. Ленин говорил, что «задача декрета состоит в том, чтобы научить практическим шагам те сотни, тысячи и миллионы людей, которые прислушиваются к голосу Советской власти... Если мы так будем смотреть, тогда из суммы наших законов, декретов и постановлений мы вынесем чрезвычайно много»⁴.

Другая характерная черта советского революционного законодательства касается формы в более узком смысле: структуры и стиля законоположений. Простой, без всякой искусственности стиль правовых актов, гибкая структура, формулировки, способствующие выполнению агитационно-воспитательной задачи, находятся в органической связи с характером регулирования вобщей форме.

Эти черты в основном определялись одними и теми же специфическими условиями революционной борьбы. Необходимо заметить, что в формировании этих особенностей законодательства сыграло роль то, что в первоначальный период законодательство являлось одним из наиболее значительных средств пропаганды. Революционные правовые акты апеллировали к убежденности революционных классов, их адресатами были народные массы, их основная цель в начале заключалась не в регулировании, взятом в узком смысле, а в призыве

⁴ Там же. Т. 38. С. 199.

к революционному действию. В соответствии с требованиями революционного переходного периода на передний план в значительной степени выдвинулась агитационно-воспитательная сторона права и сделала необходимым применение корреспондирующих ей форм.

Однако, как уже упоминалось, стремление советского законодательства регулировать общественные отношения лишь в общих чертах было обусловлено спецификой, которая имела решающее значение: это — величина территории страны, затронутая революционными преобразованиями, и разнообразие местных условий. Что же касается других аспектов революционного правового материала, то очевидно, что его структурная и языковая характеристики могут быть применимы не только для революционного законодательства, но и для законодательства общества, находящегося в стабильном состоянии, т.е. эти характерные особенности могут выдвигаться на передний план всякий раз, когда потребуются подчеркнуть при помощи формы законоположений агитационно-воспитательную функцию права.

Среди указанных Лениным формальных требований, предъявляемых к революционному законодательству, на первом месте стоят общедоступная, открытая и откровенная мотивировка содержания постановлений, воззваний, единство, простота и ясность терминологии и т.д. Задача вскрыть причины и цели издания постановлений предполагала более свободную структуру законоположений, до известной степени допускала в постановлениях политические оценки и другого рода определения, использование преамбулы, связанной с законодательством. Например, в проекте декрета о роспуске Учредительного собрания перед очень сжатым решением: «Учредительное собрание распускается»⁵ — помещено несколько десятков строк, посвященных политическим оценкам и мотивировке; во многих случаях В.И. Ленин сам давал указание о том, что декрету необходимо «предпослать популярное объяснение»⁶ принимаемых мер или что в нем необходимо «сильнее подчеркнуть основную мысль»⁷.

Революция неизбежно опирается на сознание, убежденность и энтузиазм революционных сил. Искренние отношения между руководителями и руководимыми массами — одно из основных условий поддержания революционного подъема и успеха революции. На другой день после свершения Октябрьской революции Ленин под-

⁵ Ленин В.И. Полное собрание сочинений. Т. 35. С. 237.

⁶ Там же. Т. 37. С. 32.

⁷ Там же. Т. 36. С. 316.

черкнул эту мысль, воплотившуюся в его концепции в отношении как содержания преамбулы к законоположениям, так и формулировки постановлений.

Развитие права предполагает его технизацию: вместе с технической разработкой правовой системы выкристаллизовываются и приумножаются специфические правовые понятия. Для создания в самой системе когерентности, единства выражений, исключения противоречивости формируется специфический язык права, который, хотя и находится в тесной связи с повседневным языком, неотрывается от него, но и не полностью идентичен ему. Юрист в процессе формулирования законоположений сталкивается в сущности с двумя до известной степени полярными требованиями: с требованием общедоступности правового языка и с требованием терминологической чистоты и технической разработанности его. При создании любого правового текста неизбежен компромисс между ними. Направление и уровень компромисса как лучшего решения изменяются в зависимости от социальных условий. В ходе радикальных, революционных преобразований неизбежно превалируют популярный характер языка постановлений, доступные агитационные формулировки. Это обстоятельство само по себе не означает ослабления правового регулирования; оно лишь сопутствует смене одного типа права другим. Только этой связи становится понятным, что в интересах общедоступности временное оттеснение на задний план технической отработанности в революционном законодательстве оценивалось В.И. Лениным положительно.

Много раз в связи с различного рода актами: первыми декретами, Конституцией РСФСР — Ленин замечал, что с точки зрения формы, техники они очень несовершенны. Но как политик он видел основную задачу революции в завоевании и удержании власти, в том числе и законодательной власти, и требовал быстрого опубликования актов, которые образовывали основу нового порядка, стабилизировали и охватывали как можно более широкую сферу общественных отношений. Через 10 дней после свершения революции Ленин заявил. «Пусть с точки зрения буржуазного общества эти законы страдают формальными недочетами, но ведь власть в руках Советов, которые могут внести необходимые коррективы»⁸.

Однако универсальное требование создать популярные формы правовых актов, особая их роль в начальный период после револю-

⁸ Там же. Т. 35. С. 56.

ции отнюдь не означали, что считаются допустимыми неточности, небрежное редактирование. Уже в этот период В.И. Ленин неоднократно указывал на необходимость четкости законоположений; одновременно он сознавал, что с окончанием переходного периода, со стабилизацией общественных отношений нового типа неизбежно станет необходимой профессиональная разработка технической стороны законодательства.

Выдвижение на первый план этого нового требования начинается в 20-х гг. и получает полное выражение в 1922 г., когда Ленин, с одной стороны, все чаще поднимает вопрос о недостаточном постоянстве и единстве значительно возросшего правового материала и, с другой стороны, все больше обращает внимание на анализ опыта, накопившегося в процессе исполнения изданных законоположений, на осуществление регулирования, основанного на этом опыте, на единую законность, на контроль за исполнением, т.е. на эффективность исполнения постановлений. В.И. Ленин с первых лет революции придавал большое значение подготовке законоположений, например во многих случаях поручал разработку программы мероприятий нескольким органам, чтобы выбрать из них самую лучшую и наиболее практичную. В 20-е гг. Ленин рассматривает законодательство уже не со стороны только политической тактики, но и права, его технической отработанности. Это были годы, когда Ленин говорил о необходимости созыва ВЦИК на более длительные сессии «для разработки основных вопросов законодательства»⁹, когда он указывал, что ВЦИК должен более тщательно обсуждать проекты законов, что не следует наспех вносить не очень срочные законопроекты и что нужно предъявлять больше требования к составителям законов, чего до сих пор не делалось¹⁰. В.И. Ленин говорил и о том, что в процессе подготовки кодексов необходимо изучать юридическую литературу и практику в странах Западной Европы, чтобы взять оттуда все, что служит защите трудящихся¹¹.

Заложенные основы права нового типа, начальная разработка принципов советского социалистического права сами по себе еще не могут рассматриваться как создание системы законодательства в узком смысле. В.И. Ленин своими практическими указаниями способствовал тому, чтобы из массы положений общего характера,

⁹ Ленин В.И. Полное собрание сочинений. Т. 45. С. 61.

¹⁰ Там же. Т. 45. С. 115.

¹¹ Там же. Т. 44. С. 412.

часто имеющих временное значение и технически мало разработанных, выкристаллизовывалась связная, единая, по возможности свободная от противоречий и логически однозначная система в тот период, когда социализм уже достиг относительной стабильности. Ленинское понимание этих вопросов доказывает, что уровень правового регулирования, техническая разработанность и параллельно с этим создание логически удовлетворительной системы не может происходить априори и при любых обстоятельствах, а зависит от объективных условий, относительной устойчивости общественных отношений и от предварительного опыта.

С утверждением социалистического общественного строя в методе достижения популярности изложения законов тоже произошли изменения. Однако непосредственность и простота правовых актов остаются универсальной чертой социалистического законодательства. Она обусловлена тем, что социалистическое право в силу своей классовой сущности объективно приспособлено для реального выполнения воспитательных функций. Эта отличительная особенность права социалистического типа одновременно предъявляет специфические требования к социалистическому законодательству и применению правовых норм. В области законодательства необходимо, в частности, чтобы тексты правовых актов составлялись в форме, находящейся в строгой зависимости от конкретного этапа формирования системы законодательства. С другой стороны, социалистическое законодательство должно способствовать преодолению отчужденности населения от права, наблюдающейся в эксплуататорских обществах. Высокая юридико-техническая отработанность права до известной степени может сохранить или даже усилить эту отчужденность, доступность же языка права может в значительной степени или полностью нейтрализовать эту опасность.

Ленинские указания по методике составления правовых актов служат и современному социалистическому законодательству. Это выражается в том, что социалистическое законодательство часто использует политические введения к нормативным актам, применяет научно разработанные способы составления законоположений, стремится к популярным, понятным формулировкам, мотивировка издания актов публикуется в официальной прессе и т.д. Ленинская традиция поисков оптимальных путей и способов развития социалистического права действует и в наши дни.

Понятие и историчность явления кодификации: завершение социалистической кодификации

В дальнейшем мы намерены говорить не об отношениях изменения общества и права в общем, и не будем вникать в то, каким образом, выражая интересы определённого класса или классов общества, право выполняет свои политические и нормативные функции. В марксистской теории, как известно, право считается явлением, зависимым от других — прежде всего экономических и политических — отношений. Однако эта зависимость не означает одностороннюю, полную определённость, а только определённую в конечном счёте, и она отнюдь не исключает относительную самостоятельность права — как элемента надстройки — от базиса и других элементов надстройки, и его воздействия, становящегося возможным вследствие этой относительной автономии. В процессе общественного развития — поддерживая или тормозя его в общем или в некоторых обособленных моментах — развитие права направляется на то, чтобы содействовать отчасти сохранению сложившихся или необходимых общественных отношений, отчасти созданию раньше неизвестных или должным образом не принятых общественных отношений всеобщего характера и их проведению в жизнь при поддержке принуждения. И так, в функционировании права, его сохранении и изменении нас интересует один момент, носящий характер средства. А именно то, что фиксируя в всеохватывающей, систематической форме типы поведения, признанные желательными, позволительными или неразрешёнными, кодификация может взять на себя определённую роль в осуществлении функций права. Также зададимся вопросом о том, какое место она заняла и какую роль может сыграть в процессе изменения общества и права.

1. Диалектика общественного изменения и сохранения в ходе исторического развития кодификации. Выделение кодификации, как возможной техники правотворчества, как технологии, обладающей данными структурными и системными чертами, само по себе

мало о чём говорит. Ибо кодификация является исторически далеко не гомогенным явлением, на её облик в значительной степени влияют порождающие её исторические условия, теории, идеологии. Обозревая её историю, приходится говорить о формировании более или менее самостоятельных типов.

Исторические типы кодификации являются придатком компонентов общего общественного развития, и внутри этого развития — также правового развития. Однако при их определении решающую роль играет конкретное осуществление диалектики изменения и сохранения, а также то, что тот или иной тип кодификации принимает участие в сохранении и развитии отношений, характерных для данной общественной формации. Ибо функции изменения и сохранения сопровождают всю жизнь кодификации; в относительном равновесии (видоизменяющемся в конкретных формах) их значение, пропорция, параллельность или их переход друг в друга составляют характерный, порой определяющий признак отдельных типов.

Что касается античных предформ, само рождение кодификации, кажется, привязано к изменению права. В исключительности обычного права, составлявшего органическое единство с общественной жизнью и её медленным развитием, писаное право, — сама внешняя объективация права, — появилось тогда, когда началось превращение предыдущих обществ в великие империи, что послужило причиной ускоряющегося развития и общественной дифференциации, потребовало реформы права, а именно реформы, осуществляющейся сразу же и единообразно, и действующей в имперских масштабах. Продукты третьего и четвёртого тысячелетий до нашей эры, — с «реформ» Урукагины до кодекса Хаммурапи, — свидетельствуют о том, что они были созданы как претензии на реформу, ввиду необходимости сознательного, планированного и контролируемого изменения общества и права. Они служили созданию особого порядка, модифицированного по сравнению с обычным правом, но не имели целью сменить собой обычное право. Их первичную задачу отнюдь не составило сводное закрепление права; функция сохранения права, кажется, также была только подчинённой.

У истоков ранних продуктов, носящих характер кодексов, «стояли» материальные требования, отнесённые к тогдашним отношениям; характерно, что при последовавших затем античных кодификациях мы уже сталкиваемся с требованиями, скорее касающимися характера правосудия и необозримого, неопределённого или же анархического характера права. В ракурсе античных предформ, — на-

чиная с хеттских законов, через китайские кодексы и рассказы Ливия о законах Двенадцати таблиц до кодификации Юстиниана, — чуть ли не исключительно фигурирует подчёркнутая функция сохранения права. Выступает на первый план намерение сменить и устранить обычное право, другие неписанные формы, преобразовать систему источников права. Кстати, средством общественного изменения — особенно в Риме — была не кодификация. Кодификация имела целью только консервацию, сводное закрепление права, и только в виде исключения — функцию осовременивать право. Однако, как известно, произведению Юстиниана — вследствие своего анахронического характера — не удалось увековечить предыдущие отношения, проявившие высшую степень развития; ему также не удалось без остатка сменить систему источников права, редуцировать её к праву кодексов. Кодекс Юстиниана так и остался без особого применения. В конце концов, он послужил чистой доской, ставшей основой для развития нового судейского и обычного права.

Средневековые наследовало, по существу, идею сводно-закрепляющего кодекса. Средневековые предформы кодификации в основном перекликаются с поздними предформами древности. И, кажется, этот факт послужил основой для утверждения, являющегося бесспорно искажённым в своей умышленно абсолютизирующей форме, согласно которому, помимо своей формы и содержания, кодекс характеризуется различными чертами, имеющими целью содействие более удовлетворительному ознакомлению с правом¹. Поскольку все они — своды законов, кодексы в узком смысле слова. Они не имеют целью ни общественного, ни правового изменения; в большинстве случаев они не реализуют такие изменения; их истинной функцией является не что иное, как консервация права и через это — консервация общественных отношений посредством сводного закрепления.

Первыми примерами классического типа кодексов — в качестве выразителей стремлений феодального абсолютизма к правотворчеству — были прусские и баварские попытки кодификации. По сравнению с вышеупомянутыми предформами здесь уже очевидно выдвигается на авансцену стремление качественно улучшить регулирующий материал определённых отраслей права. Однако классический период кодификации явился одновременно и периодом буржуазных революций; наиболее типичным проявлением этого является свод законодательства

¹ Vanderlinden J. Le concept de code en Europe occidentale du XVIIIe au XIXe siècles. Bruxelles, 1937. P. 165.

французской революции в Гражданском кодексе Наполеона, в котором противоречия были заглушены компромиссами. Наряду с попытками создания казуистических систем ранних форм этого типа, Кодекс Наполеона являет собой пример не только более отвлечённого создания систем, но прежде всего использования кодификации в качестве средства общественного изменения. Как в Кодексе Наполеона, так и в швейцарской частью правовой кодификации наблюдается сплетение претензии на реформу общества и права, на современное кодификационное разрешение этой претензии. Определяющей, характерной чертой этого типа является его тенденция к реформе посредством укрепления экзегетического направления — эта тенденция вскоре переходит исключительно в задачу сохранения. Эта смена функций детерминирована внутренней необходимостью; вскоре она оказывается препятствием для дальнейшего развития. Требования монополистического капитализма, как известно, первично выражаются — в отличие от права кодексов — в правоприменительной практике. И кодекс, некогда считавшийся благом, всё более становится памятью минувшего времени и символом окаменелости, сохранившейся в жизни; так, перекодификация оказывается отжившей свой век: она уже не актуальна.

Использование средств кодификации для обеспечения основных общественных и правовых изменений было воспроизведено социалистическими обществами в условиях социалистической революции. Всё это, конечно, предполагает использование предыдущего опыта. Но всё-таки социалистическая кодификация создаёт самостоятельный, качественно иной тип. Важнейший источник этого типа составляют содержание кодификации, имеющей целью ликвидировать всякого рода эксплуатацию и её общественные компоненты; но теперь другой момент оказывается достойным изучения, а именно: эта кодификация не ограничивается качественным преобразованием общества и права, она стремится к сохранению реформаторского характера и живой, постоянной и периодически актуализированной связи с общественными изменениями. Она имеет целью не только сохранение относительно закреплённых, стабильных рамок, постоянно воспроизводящуюся диалектику сохранения и изменения — перекодификация также становится сознательным и проверенным средством планирования будущего.

2. *Вопрос о возможности кодификации в качестве основного средства правотворчества и общественного изменения.* Предшествующие социалистической кодификации типы, кажется, в силу своего исторического существования, уже доказали возмож-

ность исполнения своих функций относительно осуществления диалектики общественного изменения и сохранения. Открытый вопрос представляет собой характеристика тех англо-американских представлений, которые почти два столетия имеют своей целью перестройку системы правовых источников, сводное закрепление права, по крайней мере, создание чистой доски: эти представления стоят на уровне континентальных предформ кодификации и перекликаются в первую очередь именно с ними. Открытый вопрос представляет собой также реализующиеся в наши дни стремления развивающихся государств к кодификации, примыкающие к одним из классических буржуазных, англо-американских или социалистических типов, или же к смешанной идее кодификации.

В известной мере социалистический тип кодификации, который нас теперь и здесь в первую очередь интересует, представляет собой переходный тип. Почти шесть десятилетий назад социалистическая революция победила в Советском Союзе. Соответственно этому уже шесть десятилетий создаётся практический опыт попыток, стремлений и идей кодификации. Но развитие социалистических систем ещё отнюдь не закончилось. Что касается прошлого, социалистическая кодификация вполне осуществила коренное преобразование, касающееся содержания правовой системы и системы источников права. Значит, относительно настоящего и будущего может ставиться только вопрос о том, возможно ли применение кодификации в обществе в качестве стандартизированного средства планирования и обеспечения будущего развития.

Пределы кодификации отчасти тождественны пределам права. Поэтому общие возможности общественного развития не представляют собой специфическую проблему для кодификации. Однако для кодификации специфическим является вопрос отношении с общественными изменениями. Ибо кодексы являются писаными правовыми актами, в которых даётся специфическое регулирование значительного количества отношений, попавших под регулирование. И уже из этого количественного фактора следует, что изменяющая сила общественного развития соотносится с интенсивностью кодификации. Этому фактору особое значение придают также качественная определённая количественных факторов, специфика создания систем и способ регулирования — всё это оказывает влияние на устойчивость продуктов кодификации по отношению к всякого рода изменениям. Всеохватывающие и частичные изменения кодексов требуют знания опыта предшествующих веков для преодоления внутреннего сопротивления.

Такие изменения делают необходимыми более взвешенные решения, осмотрительную подготовку, оценку риска. Значит, кодекс со своей зафиксированной формой и объёмным содержанием представляет собой перерыв в развитии общественных отношений. Это противоречие, — там, где оно проявляется, — снимается большей частью правоприменительной практикой. В случае, если общественное развитие главным образом обуславливает адаптацию кодекса к жизни, если практика применения права длительно выполняет такую — возможно, противозаконную, но с необходимостью приводимую в действие — адаптирующую роль, то последующая перекодификация уже не вызывает общественного изменения вопреки своей первоначальной реформаторской тенденции и, может быть, такая перекодификация и не поддерживает такое изменение. Роль перекодификации в изменении права может ограничиваться в таком случае легитимацией результатов правотворчества, уже фактически достигнутых в рамках правоприменительной практики.

Такая практика кодификации из-за её коллизии с концепцией социалистической законности никак не может быть желательной для социалистической кодификации. В общем, только внутри постоянного процесса обратной связи, с постоянным обеспечением диалектической игры, взаимодействия между правом и определяющими его элементами можно ожидать того, чтобы в процессе развития общества право всегда шло впереди: служило средством изменения, но в то же время не забегало слишком вперёд, не отрывалось от действительности.

Первые стремления социалистического законодательства, как известно, были проникнуты и иллюзиями. Бухарин высказывал уверенность в том, что кодификация на общем уровне основных положений революционного права будет иметь результатом прочный источник права, реализующий правовую политику и уже не представляющий собой правотворческую проблему². Венгерское выражение этого стремления было сформулировано одним автором следующим образом: «способ производства коммунистического общества будет прочным и естественным, и этому будет соответствовать ясный и прозрачный правопорядок. Больше не будет нужды в объёмных, толстых кодексах: нужны только сформулированные ясно и понятно для всех основные принципы, из которых любой сможет делать выводы об от-

² Бухарин Н., Преображенский Е. Азбука коммунизма. Петербург, 1920. П. 72; Фёльдеш И. Непрофессиональный суд и нормы материального права (1919).

дельных аспектах или направлениях своей деятельности, оценивать поступки других пролетариев». Однако это ожидание вскоре было опровергнуто жизнью. Между тем кажется ясным, что значительное обобщение регулируемого содержания продлило бы жизнь кодекса точно также, как «переосмысление» отживших институтов и актуализация отдельных положений могут влиять на сохранение кодексов. И хотя имеют место случаи значительного обобщения права в период революционного развития, всё-таки было бы самообманом думать, что кодификация за счёт этого стала фактором общественного изменения и сыграла творческую роль в развитии какого-либо явления. Такое предположение равнялось бы тому, как если бы мы считали использование современными английскими судами стародавних решений по конкретным делам плодом дальновидного планирования «общественной инженерии» в прошлом.

Закончив заложение фундамента и постройку социалистической системы права, развитие социалистической кодификации достигло такого пункта, который уже можно назвать вторым этапом кодификации³. Выдвижение требования преобразования кодификации и его осуществление не двусмысленно свидетельствуют о том, что социалистическая кодификация действительно хочет остаться естественным фактором общественного изменения, а не только сохранения. Поэтому прежде всего необходимо найти в сфере особенного, — сфере, ограниченной общим и единичным, — уровень оптимального регулирования. Глубина такого уровня для применения права будет способствовать развитию общественных отношений. Это будет означать такую типологизацию, которая не отличается от существующего в действительности, которая выступает элементом планирования и предполагает будущее; такая типологизация вызывает такое развитие, которое, в пределах будущей продолжительности жизни кодекса, пригодится для одновременного изменения и сохранения⁴. Далее, необходимо, чтобы теория и практика социалистического права недвусмысленно способствовали осознанию того, что акт кодификации, хотя бы основной, является всего лишь этапом в развитии права: как возникновение кодекса, так и его устаревание разным образом представляют закономерный процесс. В случае, если законодатель медлит с адаптацией своего кодекса к

³ Сабо И. «Общие актуальные вопросы кодификации» (1969).

⁴ Такое взаимоотношение особенного и типичного рассматривается в труде В. Пешка «Источник права и правотворчество» (1965).

новым требованиям развития, изменения, в силу необходимости, прокладывают себе дорогу через судебское разрешение конфликтов, через практику применения права. Ввиду этой общественной закономерности может быть поставлен вопрос о том, обоснована ли теоретически позиция, представители которой считают иногда встречающиеся в нашей социалистической действительности случаи правотворчества судей злоупотреблением, касающимся принципов нашей правовой политики. В этом аспекте оказывается неважным критический элемент и упускается из вида порой слишком определённая общественная необходимость. И наконец необходимо, чтобы в интересах возможного оттеснения правотворчества судей на задний план, его удержания в рамках и ограничения только исключительными случаями, социалистическая кодификация взяла на себя не только содействие планированию и общественному изменению, но и естественное последствие этого: неизбежное устаревание и необходимость замены новым. Ибо требование планирования влечёт за собой необходимость дальнейшего планирования: как известно, реформа в кодификации может стать перманентной только в том случае, если принимает во внимание необходимость самоустаревания и берёт на себя дело реформ с учётом перспективы постоянного реформирования себя самой.

3. *Параллельность общественного и кодификационного изменений: обратная связь и её формы в социалистических кодексах.* Выше было показано, что социалистическая кодификация может стать постоянным фактором общественного изменения только с эффективным обеспечением обратной связи. И за основную форму такой связи мы можем принять только перекодификацию, сменяющуюся кодификацией. Ибо это та форма, которая первично может обеспечить постоянное использование кодификации в качестве средства сознательного и контролируемого планирования общества без нарушения принципов правовой политики, принятых в большинстве социалистических государств, и без вторжения в компетенцию законодателя. Перекодификация, конечно, может ограничиться поправкой в кодификации или перекодификацией. Выбор одной из этих возможностей определяется, с одной стороны, степенью развития общественных отношений, скоростью их развития, размером запланированного продвижения вперёд, а с другой стороны на него оказывает влияние сила правовой стабильности и требования прочности, которые оказывают влияние в пользу движения в направлении ограничения правового изменения и редуцирующая его.

Однако повторение кодификации, установленное темпом общественного развития, в развитии права имеет результатом прерывание, скачкообразную адаптацию; тем более, что ввиду практических соображений повторение кодификации едва кажется целесообразным в течение одного или двух десятилетий. Внутри основной формы обратной связи кодификации и перекодификации, на поле, ограниченном их конечными пунктами, необходимо разработать дальнейшие формы обратной связи, которые могут обеспечить непрерывность адаптации в случае прерывания кодификационного изменения права. Такая непрерывность адаптации, которая не затрагивает принципов социалистической правовой политики, — ведь она осуществляется в рамках закона и передаётся путём структурно-системного оформления кодекса, осуществляется через практику судейского разрешения конфликтов. Так захват типичного в сфере особого обеспечивает такую возможность законодателю, чтобы он закрепил общественные отношения в диалектике их сохранения, прекращения и возобновления. А копирование общественных отношений в их диалектике даёт возможность для одновременного сохранения и изменения, которых ожидают от творческой работы судьи, хотя с необходимостью не предполагают его влияние, действительно развивающее и изменяющее право.⁵

Таким образом определение регулирования и его степени, определение приоритетов развития рассчитаны на типичное. Однако кодексы считаются и с непредвиденным — объективно нетипичным, возникающим вследствие ошибок составления правовых норм или вырастающим из нового факта развития; и социалистическая кодификация представляет собой своеобразный способ разрешения таких непредвиденных ситуаций. Суть этого способа заключается в том, что в системе регулирования — формулируя некоторые общие правила, принципы или условия, имеющие непосредственное общественное значение и одновременно обозначающие принципиальные рамки данного регулирования — законодатель даёт возможность правоприменителю игнорировать применение некоей нормы права и принимать решение по другим правилам. Формулируя обязанность осуществить право, вернее связывая субъективное право с таким осуществлением права, которое ограничивается обобщаю-

⁵ О некоторых теоретических основах деятельности правоприменителя в диалектических рамках см.: Ч. Варга «Об общественной определённости правовой аргументации» (1973).

щим обращением запрета злоупотребления правом, насаждённого кодексами, социалистические гражданские кодексы релятивизировали правовые последствия, рассчитанные на типичное и относящиеся к нему. В уголовных кодексах отделение нетипичного совершается в силу того, что законодатель связывает преступление и назначение наказания — кроме элементов состава преступления, установленных в общей и особенной частях — с конкретной общественной опасностью действия. Законодатель провёл таким образом границу типичного, которое он намерен регулировать с помощью частичных положений; и типичное, связанное с этой концепцией, даёт судье возможность творческого сопоставления с общественной действительностью, развивающей и изменяющей право: значит, даёт возможность для коррекции и адаптации.

Впрочем, закрытию кодификации и её относительному оставлению открытой, сопротивлению изменяющему вмешательству и стимулированию дальнейшего развития служат все компоненты системы, которые участвуют в регулировании. Иными словами, имеет место системная определённости кодекса, что выражается в его разделении на общую и специальную части, в диалектике степени регулирования между общим и единичным и обеспечивающая их переход друг в друга, в наличии структурных элементов кодекса, прежде всего, преамбулы, которая своим оценивающим характером обеспечивает непосредственный переход к общественному содержанию регулирования и указывает направление в толковании права, заполнении пробелов и в дальнейшем развитии, а также содержит общие положения, служащие нормативной основой при ограничении частичного и отделении нетипичного урегулирования. Значит, в своём материале кодекс таит составную определённую, касающуюся содержания и структуры, которая тождественна себе только в направленности своего движения. Кодификация служит диалектике общественного изменения и сохранения, требующей сопоставления и возможности обратной связи. Со стороны технологии кодификации это даёт возможность реформирования реформы, то есть постоянной, заранее запланированной адаптации в рамках системы кодекса. Равным образом, здесь имеется возможность для перекодификации, строящейся на основе, в рамках, согласно структуре и, может быть, системе кодекса, что позволяет запустить в ход процессы изменения и сохранения.

Правило и/или норма Или способность права к концептуализации и логификации

1. Правило/ норма

Из широкого спектра языковых выражений и других объективаций, используемых в сфере поведения¹, дилемма «правило и/или норма» не является научной проблемой в прямом смысле слова. Она не может быть выведена ни из исторической этимологии соответствующих слов, ни из исследований в области истории мысли, которые способствуют или просто соответствуют тому или иному варианту использования языка. Четкие различия в значениях этих двух терминов не установлены ни в зависимости от различных исторических периодов, ни в зависимости от исторических культур права и правовой мысли, которые до сих пор развивались в большом многообразии. Несмотря на то, что при сравнении этих понятий друг с другом может оказаться, что их обычно используют в разных значениях, в большинстве попыток дать им теоретическое определение к ним все еще настойчиво продолжают относиться как к синонимам², то есть как к понятиям, способным почти полностью заменить друг друга³. Таким образом, вопрос о предпочтительности использования термина в языке или культуре решается по большей части в зависимости от манеры говорить. Однако, эти манеры — посредством скрытой

¹ Opalek K. Theorie der Direktiven und der Normen. Wien & New York: Springer, 1986. [Forschungen aus Staat und Recht 70].

² «Слово «правило» является синонимом слова «норма» или «указание», понимаемое как выражение предписывающей функции» (W[róblewski] J. Règle / Dictionnaire encyclopédique de Théorie et de Sociologie juridique / dir. André-Jean Arnaud. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1988. P. 346; Энциклопедия философии права в статье о «правиле» описывает ни что иное как «нормы» (The Philosophy of Law An Encyclopedia, I–II / ed. Christopher Berry Gray / New York & London: Garland Publishing, 1999. [Garland Reference Library of the Humanities 1743].

³ В работе Мариана Павчника эти термины используются как взаимозаменяемые в случае перехода из одного языка в другой (Pavčnik M. 1) Pravno pravilo // Zbornik znanstvenih razprav. Ljubljana. 1995. № 55. P. 217–240; 2) Die Rechtsnorm // Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. 1997. № 83 (4). P. 463–482).

творческой (социально созидательной) силы, более или менее консолидирующей использование языка — могут быть организованы в определенные блоки, а эти блоки могут соответственно (способом и в манере, присущей им одним) порождать дополнительные значения с особенностями, зависящими от контекста. А эти значения могут со своей стороны также привести к разделению, предоставляющему определенную основу для дополнительного теоретизирования.

2. Истоки и контекст

Термин «правило» [*règle, regel, regola, regla*] происходит от латинского слова «*regula*», в то время как «норма» берет начало от латинского слова «*norma*», использовавшегося для обозначения инструмента, применяемого в Древнем Риме каменщиками и плотниками для того, чтобы начертить прямую линию. В своем современном значении «норма» — как видно по таким производным из этого слова, как «нормальный», «нормальность» и т.д. — является продуктом развития, характерного для XIX в., дифференцирующего и гомогенизирующего условия жизни человека, социальные процессы и отношения производства посредством приспособления их к ранее установленным стандартам. В значении «стандарта» термин «норма» впервые был использован в педагогической науке, затем в здравоохранении, и в том же самом XIX в. он расширил сферу своего применения до стандартизации в области производства и технологии, изолируя, определяя, объединяя и реорганизуя производственные процессы в совокупность схем⁴.

В своем первоначальном значении слово «правило» использовалось для выражения определенной мудрости или *изречений*, подводящих итоги многоплановым высказываниям римских юристов, неустанно находившихся в поисках принципов наилучшего обоснования правильного решения. Здесь «правило» противопоставлялось причинной последовательности, подразумеваемой в выражении «если [...], то [...]», содержащем в себе обусловленное повторение, сначала описывая, а затем отчасти устанавливая те факты, которые в своей концептуальной общности могут представлять собой некую ситуацию и отчасти также связывать с этой ситуацией некую санкцию.

⁴ См., например: Foucault M. Surveiller et punir. Naissance de la prison. Paris: Gallimard, 1975. P. 186; Canguilhem G. Le normal et le pathologique [1943] 4e éd. Paris: Presses Universitaires de France, 1979. P. 175.

С соответствии с философским определением, **правило** есть «формула, показывающая или предписывающая то, что должно быть сделано в определенной ситуации» — ее прескриптивное использование предоставляет критерий, обеспеченный возможностью выбора. Такое использование не может быть затенено никаким констативным использованием, которое — в основном будучи связанным с идеями «правильного/неправильного» или «правильности» и проч. — сформулировано таким образом, как будто оно является простым описанием⁵.

С другой стороны, **норма** представляет собой «конкретный тип или абстрактную формулу того, что необходимо сделать, включающую в себя одновременно и оценочное суждение в форме определенного идеала или правила, цели или образа действия». Следует отметить, что нормы в большинстве своем сформулированы так, чтобы выражать некоторое логическое заключение или акт воли, свободное выражение эмоций или идеал красоты⁶.

В повседневном использовании **правило** в первую очередь представляет собой точную или утвердительную формулировку как бы нейтрального по природе и исторически случайно возникшего «указа» или «предписания», в то время как **норма** является либо его логической (логифицированной) формой, либо логическим (нормативным) условием самого акта регулирования.

Это объясняет, почему «**правила**» могут быть получены из опыта или управлять игрой, например, правом [*Spielregeln & Rechtsregeln*]. Что касается возможной парности этих понятий, то «**нормы**» появляются на сцене, когда намеренное или возможное указание становится проблематичным и требует дальнейшего рассуждения. Так, исходя из правила как доказательства того, что что-то стало для нас доступным, мы начинаем искать определяемое сообщение посредством логического (и проч.) анализа правила.

Конечно, не случайно то, что мы едва ли можем говорить о «создании норм»; мы говорим только об «условиях возникновения нормы», когда хотим подчеркнуть либо то, что какая-то сфера «нормирована» (получила регулирование), либо искусственность

⁵ Lalande A. Vocabulaire technique et critique de la philosophie [1926]. Paris: Presses Universitaires de France, 1991, P. 906–907.

⁶ T[roper] M., L[ochak] D. Norme / Dictionnaire encyclopédique de Théorie et de Sociologie juridique / dir. André-Jean Arnaud. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1988. P. 691.

подобного регулирования. Тем не менее современная литература предлагает в качестве логической проблемы идею о том, что норма может быть отделена от правила путем ее простой лингвистической формулировки. На самом деле, однако, именно норма, а не правило, принимается во внимание (и используется) в онто-эпистемологической (и психологической, и логической, и проч.) перспективе при ее интерпретации как в качестве высказывания, так и в качестве смысла обозначения (присущего помимо прочего психологически проверяемому волевому акте)⁷.

Хотя в английском языке, например, исторические словари насчитывают более двадцати значений и сфер применения одного только слова «правило», каждое из них все же затрагивает исключительно существование или преобладание данной меры поведения, определяя, либо просто поддерживая, и/или утверждая ее. Но ни одно из этих значений даже случайно не претендует на то, чтобы само правило выступало в качестве *денотата* (объективирующего себя или коммуникацию, воплощающую эту саму меру как посредством ее текстуальности и грамматического строения, так и посредством логических отношений между ее элементами)⁸. До той поры, пока лингвистический анализ не перерос в главное направление моральной философии в первое десятилетие XX в., слово «норма» в английском языке использовалось исключительно для отсылки к некоему имеющемуся стандарту, образцу или мере, но ни в коем случае не для того, чтобы показать, что сам стандарт, образец или мера могли быть в нем воплощены (объективированы) таким образом, что одно и только одно единственное правильное значение могло быть получено из этого воплощения.

В речи мы говорим обычно о «логике норм», а не о «логике правил». И мы никогда не приравниваем два этих термина друг к другу. Можно говорить только о «логике норм» в том случае, когда речь идет ни о чем ином, как о пропозициях, понимаемых (или созданных, чтобы служить) в качестве логических единиц, подлежащих как логическому преобразованию, так и лингвистико-логическому анализу.

⁷ Про первый термин см.: Alchourrón C.E., Bulygin E. *Normative Systems*. Wien & New York: Springer, 1971. [Library of Exact Philosophy 5], а про последний — Kelsen H. *Allgemeine Theorie der Normen*. Wien: Manz, 1979, параграф 1, абзац III.

⁸ The Compact Edition of the Oxford English Dictionary I–II. Oxford: Oxford University Press, 1971. P. 2599–2600.

3. Различающиеся значения

На практике и в соответствии с номинальным определением слова «**правило**» и «**норма**» означают одно и то же; первое рассматривается с точки зрения его доступности (коммуникативности) в качестве сообщения, а последнее — с точки зрения логики, внутренней согласованности и логичной последовательности содержания. Все же как ввиду их родового сходства (*genus proximum*) и наличия у них видовых отличий (*differentia specifica*), мы должны отдавать себе отчет в том, что концептуальный объем и границы этих терминов будут разными. Ведь в правиле не может быть найдена ни одна норма, хотя мысленная реконструкция послания, содержащегося в нем, может сгенерировать таковое. Или же правило может отсылать к норме, предвидя возможность того, что она им может быть реконструирована и опосредована. Потому что по своей природе правило есть ни что иное как специфическое языковое выражение, в то время как в логике норма устанавливает абстрактное логическое отношение. Общим у этих понятий является то, что ни одно из них не может существовать само по себе. Правило появляется в случае его тематизации (выражения, провозглашения, утверждения и проч.) как такового, а норма — если ей придается логическая форма в результате мыслительных операций в процесс интеллектуальной (ре)конструкции. Несмотря на все это, данные понятия не соотносятся друг с другом как форма и содержание. Более того, они не являются переходящими. В итоге правила, различающиеся в зависимости от языка, культуры, структуры и выражения (и проч.), могут быть посредством логики преобразованы для выражения одной и той же нормы, а одно и то же правило (в случае намеренной или ненамеренной неясности или пропуска пунктуационных знаков или опечаток и проч.) может служить для реконструкции разных норм.

4. Эксклюзивность норм в догматике гражданского права

Именно **норма** стала краеугольным камнем теоретической системной конструкции нашего имеющего континентальные корни **гражданского права**, основанного на аксиоматической страсти к логификации. Неслучайно конструкция «чистой» теории права Ганса Кельзена зиждется на основной норме (*Grundnorm*) — эта конструкция объясняет основание действительности через соответствие вышестоящей норме и порядку за счет прямой логической или

непрямой языковой (концептуальной) выводимости [*Ableitung*]. Соответственно, норма рассматривается в качестве **логической единицы**, появившейся при помощи логической реконструкции и способной подвергаться дальнейшим логическим операциям. Следовательно, совершенно закономерно то, что и потребность **доктринального исследования права**, и концептуальная реализация этой потребности — появились в гражданском праве⁹. Ведь такое исследование предусматривает строго концептуализированную и жестко следующую логике права (рассматриваемого в качестве основательно согласованного текста, выведенного из собственных частей)¹⁰ мета-систему.

Напротив, культура **общего права** вместо стремления к исчерпывающему концептуальному представлению и текстуальному воплощению (объективации) права или перезакреплению его ради соответствия неопровержимым идеалам, а также вместо сведения принципа безопасности в праве к логической выводимости из ранее данных утверждений, фокусируется на социальной направленности, чем-то среднем между ежедневным опытом и обратной связью, полученных из проблемных решений. Речь идет о решениях, принятых на уровне здравого смысла, укорененного у традициях, и силой общественной приемственности, способной обеспечить основу как для сохранения, так и для обновления права. Поэтому общее право говорит на языке правил, понимаемых в качестве иллюстраций к праву, то есть в качестве случайных проявлений и неожиданной актуализации в ситуациях, в которых приходится декларировать, что есть право на самом деле¹¹.

⁹ Завершенная нормативистская теория — такая как «Allgemeine Theorie der Normen» Ганса Кельзена — может быть построена без обращения к идее правил.

¹⁰ Varga Cs. The Quest for Formalism in Law: Ideals of Systemicity and Axiomatisability between Utopianism and Heuristic Assertion // Acta Juridica Hungarica. 2009. № 50 (1), P. 1–30 и Варга Ч. Правовая доктрина: Методология и онтология // Право України : Респ.юр. журн. 2011. № 8. С. 99–108.

¹¹ Напр., van der Merwe E. Regulae iuris and the Axiomatisation of the Law in the Sixteenth and Early Seventeenth Centuries // Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg 1987. № 3. P. 286–302 или Campbell I.D. Are the Rules of Precedent Rules of Law? // Victoria University College Law Review. 1956. № 4 (1). P. 7–27. Напротив, в гипотетических ситуациях, в которых некоторый нормативный аппарат выражается в логифицированном контексте, можно столкнуться с идеей нормы — напр.: Fikentscher W. Methoden des Rechts IV: Dogmatischer Teil. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1977. ch. 31. para. VIII: «Die Fallnorm» или Hassemer W. Über nicht-juristische Normen im Recht // Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft. № 1. 1984. P. 84–105.

И все же если правило неконцептуализировано (никогда не было концептуально соотносимо, исследовано и/или классифицировано), то есть если за практическим актом **обозначения**¹² не стоит ни логическая **концептуализация**, ни какая-либо системная идея, возникают большие сомнения, может ли вообще правовая догматика (*Rechtsdogmatik*) встраиваться в эту схему. Ибо никакая доктрина не может быть построена без норм¹³.

Если **норма** представляет собой **логическую единицу**, то **правило** является своего рода **пропозицией**. Что же касается их окружения, то нормы могут существовать как самостоятельно, так и в контексте системы. Правила же предполагают принципы, стандарты и политику, которые могут, не будучи правилами, разграничить сферу релевантности и применимости правил¹⁴.

Отвечать на вопросы о том, как и в какой степени неограниченный спрос на логическую корреляцию, последствия и согласованность может (если вообще может) быть удовлетворен с помощью ценностно обоснованных **телеологических** соображений, должна «научная» методология доктринального исследования права. Следовательно, введение как более широких (социально обусловленных) определений (в противоположность, например, свободному праву на толкование), так и совершенно новых аспектов (например, в телеологической интерпретации) в существующий гражданско-правовой дискурс в равной степени может спровоцировать дебаты, сокрушающие основную идею нормативизма. Напротив, ненаучный подход к праву в рамках общего права открыто говорит о том, что право может относиться только к сфере **прак-**

¹² Varga Cs. Codification at the Threshold of the Third Millennium // *Acta Juridica Hungarica*. 2006. № 47 (2). P. 89–117 (Varga Cs. *Codification...* 2011. P. 393–431).

¹³ Такому выводу способствовали как неясное словоупотребление в английском языке, так и тот факт, что вместо доктринального исследования была предпринята попытка обращения именно к аксиоматическим основам научного знания как к средству для развития лингвистического анализа права в странах общего права (Moore G.E. *Principia Ethica*. Cambridge: University Press. 1903). Именно этот факт предзнаменовал английскую аналитическую философию, как анализ, основанный на исследовании не действующего права, а выборочных предложений, гипотазированных авторами, или как анализ, проведенный в социологической манере, но без использования каких-либо фактических данных. Varga Cs. *The Hart-phenomenon* // *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. 2005. № 91 (1). P. 83–95 (Varga Cs. *Contemporary...* 2013. P. 245–267).

¹⁴ На самом деле все наследие Рональда Дворкина, начиная с работы «Модель правил» (Dworkin R. *The Model of Rules* // *University of Chicago Law Review*. 1967. № XXXV. P. 14–46), посвящено объяснению всей этой проблематики.

тической разумности, в которой отдается предпочтение здравым суждениям.

5. Двойственность словоупотребления

В общем, дилемма «правило и/или норма» несет на себе след двойственности, присущей передающемуся лингвистическому конвенционализму, предпринимающему попытки к теоретическому (логическому и аналитическому) системообразованию.

В конечном счете, оба термина могут быть концептуально оправданы как таковые и в рамках своего контекста. Потому что язык используется как средство и в соответствии с установленными обычаями, в то время как понятия формируются как мысленные образы согласно требованиям однородности, установленным заданной теоретической перспективой. Поэтому по крайней мере в рамках континентального права различают простой акт, указывающий на то, что существует доступное нормативное послание, и логически выработанное логическое воплощение (объективацию) этого послания.

Theatrum legale mundi: о классификации правовых систем

1. Предварительные замечания

Применение сценической метафоры, характеризующей эпоху барокко, является заслугой Лейбница (1667) и относится к давно возникшему осознанию стремления описать «мировую правовую арену», которая позволяет нам понять тот факт, что чем более на протяжении истории расширяются границы интеллектуального мира, тем более остро человечество ощущает необходимость классифицировать его отдельные элементы. Так, Сен-Жермен в Англии усматривал различие между

Римским	Английским
---------	------------

правом, в то же время описывая взаимосвязь, имеющуюся в их развитии уже с 1531 г., и отмечая, что *естественное право*, воплощенное в первом, становится *разумной* основой последнего¹. Семьдесят лет спустя Уильям Фулбек описывал мир права как берущий начало от трех видов права²,

Англо-саксонского	Континентального	Канонического
-------------------	------------------	---------------

А веком позже, в 1701 г., лорд Холт написал, что «принципы нашего права заимствованы из права гражданского права и, сле-

¹ Saint German Ch. Dialogus de fundamentis legum Anglie et de conscientia The Dialoges in English betwene a Doctor of Diunity, and a Student in the lawes of England (Londini: In ædibus R. Tottelli 1528), цитата дана таким образом, чтобы отметить, что мы помним такой момент развития, как потребность в **разумном человеке**—Chloros A.G. Une interprétation de la nature et de la fonction de la philosophie juridique modern // Archives de Philosophie du Droit. 1958. III. P. 189.

² Fulbeck W. Parallele or Conference of the Civil Law, the Canon Law, and the Common Law of this Realm of England . Parts I–II. London: Adam Islip. 1601–1602) [12] + 104 + [9] & [8] + 74 + [8] leaves.

довательно, покоятся во многом на тех же разумных основаниях»³. Это является отражением присущего в начале современной эпохи европейским государствам самосознания, которое по отношению к миру, существовавшему за пределами этих государств, едва ли являлся чем-то большим, чем сферой всеобъемлющего влияния папства. Тем не менее вышеуказанная классификация типологически корректна и действительна на сегодняшний день.

Почти два века спустя, в 1880 г., Глассо⁴ предложил трехчленную классификацию, вытекающую также из исторических корней, а именно из законов, происходящих из

Обычного варварского права (английское, скандинавское, русское)	Римского права (итальянское, румынское, португальское, греческое, испанское)	Объединения этих двух видов (французское, немецкое, швейцарское)
---	---	--

Такая группировка достойна того, чтобы ее изучали и в наше время. В характерной для типологии манере очерчивая внутреннее деление европейского права, Глассо отметил особенности скандинавского и русского пластов. Удивительно то, что в этой классификации английская и скандинавская правовые системы помещаются в рамки одной категории также, как и французская и немецкая, соединенные вместе и отделенные от римского наследия.

2. Гипотезы

Начертание правовой карты Земли — посредством классификации различных правовых систем на основе наличия у них устойчивых признаков, характерных для семьи и проявляющихся в основной цели, форме, структуре и видах деятельности правовых систем — в XX в. оказалось задачей для сравнительного правоведения, уже достаточно зрелого для того, чтобы стать самостоятельным движением.

Если посмотреть на эти попытки с более близкой перспективы, сразу станут очевидными некоторые примеры правовых систем, подтверждающие их разнообразие; они будут помещены в центр как

³ В решении по делу Lane v. Cotton // Mod. 1701. № 12. P. 472, 482.

⁴ Glasson E.-D. Le mariage civil et le divorce dans les principaux pays de l'Europe, précédé d'un aperçu sur les origines du droit civil moderne: Études de législation compare. Paris: Pedone-Lauriel, 1879.

постоянные элементы, вызывающие в нас сам интерес к подобной картографической деятельности путем определения типологической композиции и окончательной ее направленности. Когда карта будет готова, оставшиеся элементы будут присоединены в основном как дополнительные части, подтверждающие разнородность права, следствием которой стал некий непонятный интерес к обособлению стран (посредством выделения их видов) более, чем к познанию богатства мира во всей глубине и его исчерпывающему описанию.

Так, в начале XX в. Эсмен (1905) предположил, что язык и родовая принадлежность станут самым подходящим критерием для выделения⁵ —

Романской правовой системы (французской, бельгийской, итальянской, испанской, португальской, румынской и правовых систем Центральной и Южной Америки)	Германской правовой системы (скандинавской, австрийской, венгерской)	Англо-саксонской правовой системы (английской, американской и правовых систем англо-говорящих колоний)	Славянской правовой системы	Мусульманской правовой системы
---	--	--	------------------------------------	---------------------------------------

—, которое было одной из первых проб в этой области и оказалось довольно влиятельным на какое-то время, но оказалось слишком схематичным и ограниченным. И все же на пике европейского империализма, или политико-экономической экспансии, этот анализ определял направленность теоретических изысканий всего мира через историческую призму Европы. Очень интересно, что эта классификация охватывает и арабскую культуру наравне с другими — напоминая о ее присутствии на испанском полуострове в Средние века⁶. Здесь впервые мы видим, что германская правовая система выделена в отдельный блок и отделена от романской правовой традиции, что,

⁵ Esmein A. Le droit comparé et l'enseignement du droit compare // Congrès international du droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900: Procès-verbaux des séances et documents I. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1905. P. 45 и далее, P. 451 и далее

⁶ См., например: Brague R. Europe La voie romaine. Paris: Criterion 1992. [Idées].

возможно, связано с теми действиями, которые Германская Империя вместе с Австро-Венгерской монархией развернула против всего мира. По крайней мере, этому вряд ли найдется какое-то другое объяснение; эта аллегория присутствует и в праве Венгрии.

В следующей попытке построения групп Саузер-Холл (1913) использовал особый критерий расы в качестве принципа классификации правовых системы (в манере, не чуждой главному духу эпохи⁷)—

Арийская, индоевропейская правовая система ✓ индо-иранская (персидская, армянская) ✓ кельтская (кельтская, галльская, ирландская, гаэльская) ✓ греко-латинская (греческая, римская, каноническая, неосвейцарская) ✓ германская ✓ англо-саксонская (английская, англо-американская, новая саксонская) ✓ литовско-славянская (русская, сербско-хорватская, словенская, чешская, польская, древнепруская, литовская, русинская, словацкая, болгарская).	Семитическая правовая система (эмирская, египетская, еврейская, арабско-мусульманская)	Монголоидная правовая система ✓ китайская (китайская, индо-китайская, тибетская) ✓ японская	Варварская обычная правовая система (негроидная, меланезийская, индонезийская, австралийская, полинезийская, коренная американская и гиперборейская)
---	--	--	--

эта категоризация проливает свет на некоторые важные моменты, несмотря на то, что она умалчивает о конкретных сходствах и различиях в правовой природе систем, позволившей сгруппировать их таким образом.

Тем не менее, этим автором, несомненно, была предпринята самая первая попытка описать известную совокупность правовых ре-

⁷ Sauser-Hall G. Fonction et méthode du droit comparé (Leçon inaugurale faite à l'Université de Neuchâtel le 23 octobre 1912). Genève: A. Kündig. 1913.

жимов в свете не только их исторического развития, но и фактического разнообразия, имеющегося в мире. На самом деле, он нарисовал полную картину общеизвестной силы, образовавшей известные нам культуры. Она представляла интерес на первых порах, так как охватывала «закрытые категории» очевидно «смешанного» содержания. Этот мыслитель также стал пионером в разработке широкой и всеохватывающей основы, хотя ему тоже пришлось отталкиваться от своего собственного режима (позже получившего историческое название «западный» — в культурном смысле). В своей попытке он был движим вполне оправданным «эстетическим» стремлением к тому, чтобы границы его собственного правового режима не понижались слишком узко, отделяя его от остального мира.

В период между двумя мировыми войнами Леви-Ульман (1922) стал первым, кто выделил правовые системы, признанные цивилизованными, в соответствии с линиями их развития относительно друг друга⁸ —

Континентальная правовая система [писаное право, созданное парламентами и в результате кодификации]	Англоязычная правовая система [обычное право, вытекающее из правовой практики]	Мусульманская правовая система [стоящая на религиозной основе и почти полностью неизменная]
--	---	--

Этой классификации присуща краткость, которая еще более наводит последующих исследователей на мысль, что автор (как и многие до и после него) фактически провел только одно разграничение — между его родной правовой системой, которая по естественным причинам послужила отправной точкой, и всеми остальными. Либо он исходил из того, что все остальные правовые системы не могут быть ничем иным, кроме как украшением, декорацией или иным приспособлением, имеющим цель создания эстетической завершенности. После прочтения трех обширных томов историко-сравнительного описания, созданного Вигмором (1928)⁹ для юристов, просто невозможно удостовериться в том, действительно ли автор хотел провести

⁸ Lévy-Ullmann H. Observations générales sur les communications relatives au droit privé dans les pays étrangers / Les transformations du droit dans les principaux pays depuis cinquante ans (1869–1919) Livre du cinquantenaire de la Société de législation compare. I. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1922. P. 85–87.

⁹ Wigmore J.H. A Panorama of the World's Legal Systems. I–III. Chicago, Saint Paul: West Publishing Co., 1928.

классификацию или просто ссылался на некоторые примеры, когда во всеохватывающем обзоре он представил широкое многообразие правовых систем прошлого и настоящего.

Египетская правовая система	Месопотамская правовая система	Иудейская правовая система	Китайская правовая система	Индусская правовая система
Греческая правовая система	Римская правовая система	Японская правовая система	Мусульманская правовая система	Кельтская правовая система
Славянская правовая система (чешская, польская, югославская, русская)		Германская правовая система	Морская правовая система	
Папская правовая система		Романская правовая система	Англиканская правовая система	

Наконец, Мартинез Паз (1934) принял предполагаемые генетические корни (с достаточно красноречивой прогрессивной градацией) за основу своего деления¹⁰, предпринятого с перспективы развития Европы (все остальные системы остались не поименованными).

Варварская система обычного права (английская, шведская, норвежская)	Варварско-романская (немецкая, итальянская, австрийская)	Варварско-романская каноническая (испанская, португальская)	Романско-каноническая демократическая (швейцарская, латиноамериканская, русская)
--	---	---	--

На протяжении всей последовательности появления разных классификаций отнесение англо-саксонской и скандинавской систем к единой группе является характерной чертой, в то время как отделение латинско-германской Центральной Европы от Западной Европы, находящейся в пределах романской области, стало новеллой.

Серия классификаций, произведенных в течение полувека после Второй мировой войны была открыта великолепным теоретическим обзором, принадлежащим перу трех ученых из Франции. Как известно, главной целью Арминьона, Нольда и Вольфа (1950)

¹⁰ Martínez Paz E. Introducción al estudio del derecho civil comparado. Córdoba: Imprenta de la Universidad, 1934. P. 154 и далее.

было скорее установление теоретико-методологических основ сравнительного правоведения, чем описание пространства правового мира. Соответственно, эти авторы преуспели в разработке частного права как группы, обладающей наиболее перспективными критериями классификации. Однако они обошли стороной как неизбежный побочный продукт виды порядка (например, свойственные Дальнему Востоку), которым чужда любая концептуализация. В конечном счете, они рассматривали историческую эволюцию частного права в Европе как вытекающую и представленную семью независимыми типами.

Французский тип	Германский тип	Скандинавский тип	Английский тип	Русский тип
Исламский тип			Индусский тип	

В общем и целом их классификация¹¹ (со свойственным ей выделением скандинавского региона¹²) оставалась исключительно продуманным проектом в течение долгого времени.

Давид (1950), чья работа в данном направлении стала классикой современного сравнительного правоведения, пошел несколько иным путем. Начиная, как и его предшественники, с гражданского права, он распространил свой исследовательский интерес от технических средств, присущих гражданскому праву, до целых правовых образований как объединений, организованных в систему с различными компонентами, выполняющими свои особые функции. Параллельно с ростом железного занавеса между Востоком и Западом Европы, угрозой ядерного уничтожения и повышенным чувством опасения Третьей мировой войны, создание идеологии или мировоззрения, лежащего в основе философии данного правового режима, стало главной идеей классификации (на втором месте у которой стоял уровень юридической техники)¹³.

¹¹ Arminjon P., Baron Nolde B., Wolff M. *Traité de droit compare*. I. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950. P. 49.

¹² «Если принять во внимание его исторические корни и развитие, то скандинавское право нельзя отнести ни к римскому, ни к французскому, ни к германскому». Ibid. P. 50.

¹³ David R. *Traité élémentaire de droit civil compare*. Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950. P. 8, 214–226.

Его предложение разделения на —

Западные правовые системы	Советские правовые системы	Мусульманскую правовую систему	Индусскую правовую систему	Китайскую правовую систему
✓ французская ✓ англо-американская [основанные на христианской морали, политических и социальных принципах либеральной демократии и экономики капитализма]	[построенные на социалистической экономике и соответствующих политических, социальных и моральных принципах]	[на религиозной основе]	[на своеобразной философской основе]	

даже несмотря на простоту структуры, в течение длительного времени оставалось очень влиятельным благодаря заложенной в его основе поляризации. Эта схема также стала отражением актуальной на то момент идеологии «холодной войны», выразившейся в противопоставлении западноевропейского и заатлантического мира Третьему Риму или Московии. И опять-таки, как мы уже видели, спонтанная отсылка к одной-двум культурам, расположенным на задворках мира (начинающим маячить на горизонте), служит лишь дополнением.

Исследование, проведенное Давидом позднее (в 1961 г.), фактически смягчило резкость этой категорической оппозиции. Он отметил, что следуя по своему собственному пути, Запад все равно может склониться в сторону социализма; более того, даже Африка и Азия (не имеющие в прошлом опыта христианства) могут примкнуть к тому же направлению¹⁴. По иронии судьбы, смертельная угроза со стороны советской сверхдержавы (сопровождающаяся обращением Запада к прагматизму *реальной политики* (*realpolitik*), которая привела Венгрию к драматическим дням 1956 г.) заставила весь мир уважать советские

¹⁴ «Кстати сказать, западные нации все в разной степени пошли по пути социализма, более того, я думаю, они могут достичь больших успехов на этом пути, даже не отказываясь от своей принадлежности к системе западного права. В конце концов, нехристианские государства Африки и Азии могли бы принять систему западного права, не принимая при этом принципы христианской морали». David R. Existe-t-il un droit occidental? / XXth Century Comparative and Conflicts Law: Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema / Nadelmann K.H., von Mehren A.T., Hazard J. Eds., Leyden: Sythoff 1961, P. 59.

амбиции и обеспечила трусливое подчинение Запада. Наконец, само основание социализма как метода построения глобальной системы могло получить мировое признание, помещая типологический локус на себя, в то время как советская терминология свой контр-полюс — «западное право» — переименовала в «буржуазное».

Поэтому неслучайно Сола Каньизарес (1954) предложил возникшую в результате минимальных поправок версию, демонстрирующую крайнее упрощение¹⁵ —

Западная правовая система [христианская, но не авторитарная]	Советская правовая система [атеистская и коллективистская]	Религиозная правовая система ✓ вытекающая из религиозных принципов (каноническая, индусская, мусульманская) ✓ китайская [основанная на псевдо религиозной философии, в которой право приобретает этическую окраску]
--	--	--

—, почти совпадает с трехзвенным делением Леви-Ульмана, проведенным в мирное время 1922 года.

Неслучайно также французский социолог Леви-Брюль (1961), выступив в качестве стороннего наблюдателя, предложил новую теоретическую схему—

Западная правовая система	Советская правовая система	Теократическая правовая система ✓ древняя еврейская ✓ мусульманская	Феодальная правовая система	Первобытная правовая система
----------------------------------	-----------------------------------	--	------------------------------------	-------------------------------------

—, применяя свою типологическую модель, чтобы наметить объединение социолого-правовой панорамы с историческим подходом¹⁶. Хотя и являясь по-своему консервативной (если понимать под этим уважение к традиционным ценностям), эта типология может поразить тем, что наделяет Запад и анти-Запад одинаковым таксо-

¹⁵ Sola Cañizares de F. Iniciación al derecho comparado. Barcelona: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto de Derecho Comparado, 1954. [A: Estudios sobre al derecho comparado 2].

¹⁶ Lévy-Bruhl H. Sociologie du droit. Paris: Presses Universitaires de France, 1961. [Que sais-je? 951] P. 116.

номическим весом — более того, делая это путем полного смешения постулатов древних религий, определивших пути наших цивилизаций на тысячелетия. Однако, если оценить атмосферу космических угроз наряду с ожиданиями грядущего катаклизма, то такая западная покорность еще нуждается в объяснениях скорее с точки зрения социальной психологии, чем с позиции холодного расчета какой-то очевидной объективности.

Все же тем временем мир открыл себя для ума западных исследователей и стали появляться попытки создания теоретически обоснованных философских классификаций. Типология Нортропа (1959)¹⁷, основанная на подчеркивании особенностей Дальнего Востока, в классической манере позволяет выделить следующие группы:

«интуитивно медиативные» правовые системы (Конфуцианские, буддийские, даосские, не-арийские индусские)	правовые системы, выделенные по историческим критериям (классическая китайская, Ману, древние индийские арийские завоеватели, исламские правовые кодексы, предшественники стоического римского права)	Абстрактные конвенциональные правовые системы
--	---	--

В соответствии с данной терминологией, дальневосточная группа относилась к «интуитивно медиативным» системам,

«процедура [...] сводится к тому, чтобы вытеснить кодексы законов на задний план, предпочтительно не обращаясь к ним вообще, и привести спорящие стороны к благожелательному компромиссу — обычно при помощи посредника — таким образом чтобы выдвинутые ранее требования могли быть искусно преобразованы, а единое решение, в котором учтены все исключительные обстоятельства дела, добровольно принято обеими сторонами. Могут присутствовать и кодексы, но они должны быть использованы только в качестве последнего средства, но и тогда обращение к ним будет порочить спорящих. [...] Отсутствует не только обращение к правовой норме, но и судья. Даже посредник не выносит решение. Вместо этого спор считается урегулированным должным образом, когда спорящие стороны, прибегая к помощи посредника только в качестве эмиссара, приходят к взаимному соглашению в свете всех существенных обстоятельств, прошлого, настоящего

¹⁷ Northrop F.S.C. The Complexity of Legal and Ethical Experience: Studies in the Methods of Normative Subjects. Boston: Little, Brown & Co., 1959. P. 184.

и будущего. [...] Не абстрактные универсалии кодексов, а существенная особенность конкретной спорной ситуации [...] служит критерием справедливого и правильного»¹⁸.

Наоборот, исторические системы наивно применяют реалистические универсалии¹⁹ —

«Их кодексы [...] выражены в синтаксической грамматике языка здравого смысла и отношений [...]; эти кодексы охватывают понятия с позиции биологии нормы патриархальных или матриархальных семейных и племенных союзов, описывают положение вещей, знание о котором получено индуктивно и эмпирически».

Наконец, в праве, следующем абстрактному идеалу, полученному в результате конвенции, присутствует

«техническая терминология [...], допускающая конструирование правовых и социальных объектов, [...] несмотря на то, что...] установление в ее рамках этического и социально-правового с позиции абстрактно и искусственно сконструированных [...] человеческих норм и отношений [...] делает возможной этические и правовые преобразования. Потому что перед этим законом все равны; все являются разными примерами одного и того же; их существенные особенности не имеют никакого значения с позиции этики. Таким образом [...] норма, созданная в результате конвенции не может иметь отношение к этике, потому что если она действует для одного индивида, то она также действует и для любого другого»²⁰.

Почти в то же самое время возникло еще одно новшество, обязанное своим появлением реформаторской активности, адресованной классическому сравнительному правоведению. В 1961 г. Шнитцер²¹ после пересмотра выводов своих более ранних исследований (1945)²² заявил о том, что существует пять основных блоков цивилизаций —

¹⁸ Ibid. P. 184–185.

¹⁹ Ibid. P. 186.

²⁰ Ibid. P. 188, 188, 189.

²¹ Schnitzer A.F. Vergleichende Rechtslehre I, 2. erweit. & neubearb. Aufl. Basel: Verlag für Recht und Gesellschaft, 1961. P. 133 и далее.

²² Schnitzer A.F. Vergleichende Rechtslehre. Basel: Verlag für Recht und Gesellschaft, 1945. P. 86 и далее.

Первобытное общество	Античное культурное общество (Египет, Месопотамия, Эллада, Рим)	Европейско-американская цивилизация ✓ Романское ✓ Германское ✓ Славянское ✓ Англо-американское	Религиозная цивилизация ✓ Еврейское ✓ Христианское ✓ Исламское	Афро-азиатская цивилизация ✓ Азиатское ✓ Африканское
----------------------	--	--	---	--

—, в рамках которых каждый «великий культурный круг» [*große Kulturkreise*] может сгенерировать соответствующий «правовой круг» [*Rechtskreis*]. Соответственно, соотносимые культуры должны быть обособлены исторически таким образом, чтобы охватывать развитие всей принадлежащей к ним области права. Вероятно, только этим можно объяснить, почему скандинавский регион не был отделен от Евро-атлантической цивилизации, являющейся единым блоком.

Примечательно то, что классификация, данная Цвайгертом и опубликованная примерно в это же время (1961), сфокусированная на настоящем времени в своем определении разновидностей, сходных с «правовыми циклами»²³, почти полностью повторяла схему, сформулированную Арминьоном, Нольдом и Вольфом в 1950 году, добавляя к ней исключительный вариант Дальнего Востока²⁴. Его деление правовых систем на —

Романскую правовую систему	Германскую правовую систему	Скандинавскую правовую систему	Англо-саксонскую правовую систему	Коммунистическую правовую систему
Восточную (не коммунистическую) правовую систему		Исламскую правовую систему	Индусскую правовую систему	

— не только завершенное, но и обоснованное, поскольку автор объясняет исходные посылки своих исследований. Автор избегает унификации фактических данных (но предполагая, что можно получить разные результаты в зависимости от того, было ли взято за основу публичное или частное право) и выбирает правовой стиль в качестве основы классификации. Правовой стиль в свою очередь состоит из (1) проис-

²³ Zweigert K. Zur Lehre von den Rechtskreisen / XXth Century Comparative and Conflicts Law: Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema. P. 48–54.

²⁴ Ibid. P. 55.

хождения и эволюции (2) своеобразия юридического мышления, а также (3) специфических правовых институтов (особенно это касается развитого западного права) и (4) источников права вместе с природой их толкования (особенно в исламском и индуистском) и, наконец, из (5) идеологических атрибутов, подчеркивающих идеал правового порядка, соответствующего системе (особенно для права, имеющего религиозные или социалистические корни)²⁵.

Как уже было отмечено, социалистическое (или, что более соответствует его духу — советское) право появилось как отдельный тип в работе Давида, первого автора «холодной» войны, уже в 1950 г. и продолжало оставаться действующим компонентом вплоть до падения социалистической системы.

Более того, термин также был использован — как и образцы сверх-идеологизации или сверх-политизации — путем теоретической генерализации. Так, классик венгерской социологии права Кульчар (1961)²⁶ предложил дихотомическое деление, вытекающее из следующих начал —

эксплуататорское	социалистическое
[защита статуса кво, оказывающего влияние на поведение человека, только посредством установления границ дозволенного]	[помимо первого, также построение нового общества, имеющего образовательные цели, направленные на изменение самого человека]

—, эта классификация выразила потребности общества своего времени²⁷.

Даже отталкиваясь от противоположной посылки — основанной не на футуристических идеях создания человека нового типа, в соот-

²⁵ Zweigert K., Kötz H. Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts. I: Grundlagen. Tübingen: Mohr, 1971. P. 69, 74.

²⁶ Kulcsár K. A jog nevelő szerepe a szocialista társadalomban [The educative role of law in a socialist society]. Budapest: Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 1961. P. 9–12.

²⁷ Как неоспоримый главный авторитет, директор Института правовых исследований Венгерской академии наук Сабо отмечает, что «именно противоречие характеристик преобладает над формальными сходствами» — Szabó I. Les contradictions entre le droit des différents systèmes sociaux // «Dialectica» Revue internationale de philosophie de la Connaissance. 1969. № 14. P. 351–371—, следовательно, «нет основы для сравнительно-правового исследования двух типов права, которые теоретически находились бы «за пределами» этой степени классовой определенности» — Szabó I. La science comparative du droit // Annales Universitatis Budapestinensis de Rolando Eötvös nominatae. Sectio juridical. 1964. № 5. P. 91–134.

ветствии с социалистической утопией, а как раз от той, которую социализм отрицает, то есть от достижений западной цивилизации, проявившихся на протяжении нескольких тысячелетий — в области типологизации, западные исследователи пришли к тем же самым выводам. Таким образом, как показывает индийский исследователь Босе (1962), критерием классификации может быть ни что иное, как истоки и уровень «следования правовой норме»²⁸. Соответственно, есть два противоположных полюса и различные переходные состояния между ними —

Западный [настолько незыблемый, что никакие изменения в его основе неприемлемы]	Переходные ✓ про-западный (Индия, Малайзия, Иордания, отчасти Африка) ✓ парциальный (Бирма, Пакистан, Турция) ✓ диктатура, скрывающаяся за фасадом права (Индонезия, Гвинея) ✓ полный хаос (Конго)	Коммунистический
---	--	------------------

—, в которых динамизм промежуточной сферы (где тенденции развития имеют ценностную ориентацию, которая может предугадывать последующие направления) представляется самым прогрессивным элементом.

В 1963 г. Горла обосновал разделение мира на две части, понимаемых как господство одного определенного стандарта, представляемого в качестве силы, способной подавлять все что угодно. В то же время в основании своей типологии ученый поставил идею о том, что противостояние между капиталистическим и социалистическим правом пересиливает оппозицию между гражданским и общим правом. Как он демонстрирует в четком разграничении —

Формальное различие		Сущностное различие
Континентальное право	Англо-саксонское право	Социалистическое право

²⁸ Justice Bose V. Legal Education as a Basis for the Rule of Law in Africa and Eastern Countries // Columbia University Law Alumni Bulletin. 1962. № 2. VII.

—, «Разница между» континентальным (или романским) правом «и» общим правом «конечно же, более формальна, то есть создана критерием, разграничивающим и сближающим скорее формы (структуры, технику и понятия), чем «сущность»²⁹.

Спор, растянувшийся на четверть века, о том, сколько отличительных черт может вытекать из общей основы и каков их идеологический фон — в дополнение к выделению отличительных особенностей в рамках единого блока — заставил французского мэтра послевоенной компаративистики явно изменить свою позицию. Отказавшись от этнической общности, определенной категорией «западное право», Давид в 1964 г. предложил два взаимодополняющих критерия, а именно «юридическую технику» (включая словарь, понятия, иерархию источников права и методов правового регулирования) и «философские, политические или экономические принципы, которые должны быть имплементированы», предостерегая о том, что «оба критерия должны использоваться последовательно и не в изоляции»³⁰. Соответственно, он переформулировал свою таксономию, используя переходный термин «правовая семья» [*famille de droit*] таким образом:

Романо-германская правовая семья	Социалистическая правовая семья ✓ советская ✓ народные демократии	Англо-саксонская правовая семья ✓ Англия ✓ США	Религиозные ✓ Мусульманское право ✓ Индусское ✓ Дальневосточное (Китайское, японское) ✓ Африканское и Мадагаскарское
---	--	---	---

Хотя здесь и отделено все то, что очевидно отличается от различных формаций (или советский деформаций) западной цивилизации, с позиции совершенно научно необоснованной классификации все не западное смещено в единую и неверно определенную категорию. Потому что в действительности любое обращение к «философскому, религиозному или традиционному»³¹ праву в конечном счете являет-

²⁹ Gorla G. Intérêts et problèmes de la comparaison entre le droit continental et la Common Law // Revue internationale de Droit compare. 1963. № 15 (1). P. 9.

³⁰ David R. Les grands systèmes de Droit contemporains. Paris: Dalloz, 1964. P. 16.

³¹ Давид также непоследователен в том, что в Содержании он определяет «религиозное и традиционное право», в то время как в тексте речь идет о «философских и религиозных системах» (*ibid.*, p. 23), хотя в предисловии он дает некоторое

ся едва ли чем-то большим, чем простой отговоркой для отделения «другого» или «отличного». Следуя подобной логике, у любого компаративиста — от Дальнего Востока и мусульманских стран до племен *Малагаси* и *Хова* на Мадагаскаре — возникнет устойчивое представление о том, что Берлин, Париж, Рим, Лондон и Нью-Йорк входят в одну эзотерическую категорию вместе с Москвой и Тираной.

Поэтому неслучайно, что эта критическая саморефлексия получила продолжение. Так, Родьер в 1963 г. ответил на брошенный вызов, сузив круг правовых режимов, подлежащих классификации. Он выразил мнение, что в свете стремления к будущей гармонизации нет иной общей основы для сравнения за пределами христианства³². Соответственно, только трехзвенное деление с

Французским	Англо-саксонским	Советским
-------------	------------------	-----------

типами подходит для сравнения. Более того, он даже отметил, что по терминологии именно французские и советские законы лучше всего подходят для сравнения, а по принципам — французские и англо-саксонские. Автор добавил: представляется, что советское право гармонирует с западным континентальным правом в своих формалистских традициях с присущими им хорошо разработанными решениями и техникой, определяющими общее направление; англо-саксонское право отличается от французского лишь своей особенной техникой; а советское право сильно отделяют от французского и англо-саксонского его руководящие принципы³³.

Вслед за этой линией группировка по принципу разделения вариантов определенных соотношений между элементами в то время стала стандартной схемой. Классификация Мальмстрема (1969), принципиально основанная на исторических характеристиках и различающихся подвидах³⁴ —

обоснование, так, «Право этих регионов не составляет единой семьи. Все они чужды друг другу [...] Даже вопрос о том, является ли это правом вообще, может быть подвергнут сомнению». Ibid.

³² Rodière R. Introduction au droit compare. Barcelone: Secrétariat d'Etat à l'éducation et à la science du Ministère de l'éducation nationale et de la recherche scientifique de l'Espagne & Institut de droit comparé du Conseil supérieur des recherches scientifiques de l'Espagne, 1967. P. 26–27.

³³ Ibid. P. 14–16.

³⁴ Malmström A. The System of Legal Systems: Notes on a Problem of Classification in Comparative Law // Scandinavian Studies in Law. 1969. XIII. P. 127–149.

Западная правовая система (Европейско-американская) ✓ континентальная ✓ латиноамериканская ✓ скандинавская ✓ англо-саксонская	Социалистическая правовая система (коммунистическая) ✓ советская ✓ народные демократии ✓ китайская	Азиатская правовая система (не коммунистическая)	Африканская правовая система ✓ англоязычная ✓ франкоязычная
--	--	--	--

— предложила самую расширенную версию со времен более ранней попытки Давида в 1950 г., став первой выделившей для Латинской Америки собственное место, при этом отнеся различные цивилизации к одной компромиссной категории для того, чтобы типизировать африканские режимы, сохранившиеся как слабеющие копии английского или французского колониального права. Еще одной вариацией, предложенной в это же время стала исправленная типология Цвайгерта и Кётца (1971)³⁵ —

Романское право	Германское право	Англо-американское право	Скандинавское право	Социалистическое право
Дальневосточное право		Исламское право	Индусское право	

— которая фактически является версией предложенного в 1961 г. Цвайгертом деления, но скорее ухудшенной, чем улучшенной, потому что скандинавское право, помещенное между англо-американской и социалистической группами, оказалось полностью отрезанным как от своих романских, так и германских корней³⁶.

Возможно, большое количество работ, появившихся в течение нескольких десятилетий как дань моде, дискредитировало сам проект по классификации и достижения всего направления; по крайней

³⁵ Zweigert K., Kötz H. Introduction to Comparative Law. I / trans. Tony Weir. Oxford: Clarendon Press, 1987. В первом издании на немецком, появившемся в 1971 г. (note 25, p. 74), подчеркивается, что «Общие исторические корни, существующие в начале эволюции, теряют свое значение относительно «стиля» правовых систем, в то время, когда более поздние события оказывают более определяющее влияние на них». Острая и обоснованная критика подобного разделения романского и германского формирований на основе их истоков представлена в работе Имре Зайтай (Zajtay I. Reflections on the Problem of Grouping the Families of Law / Beiträge zur Rechtsvergleichung Ausgewählte Schriften, hrsg. Karl F. Kreuzer. Tübingen: Mohr 1976. P. 70–73 [Materialen zum ausländischen und internationalen Privatrecht 25]).

³⁶ Неслучайно один британский критик видит в этой группировку больше хаоса, чем систематической таксономии. См.: Twining W. Globalization and Comparative Law // Maastricht Journal of European and Comparative Law. 1999. № 6 (3). P. 232.

мере за последующую четверть века ничего нового не появилось. Тяготеющее к гражданскому праву деление, данное венгерским цивилистом Эрси (1973)³⁷, повторяло марксистскую историческую перспективу, обогащенную типологией Кульчара («эксплуататорские/социалистические») десятилетней давности —

Естественные общины	Капиталистические ✓ английские и скандинавские ✓ французские ✓ германские ✓ центрально-европейские и находящиеся на юге и востоке Европы	Социалистические
----------------------------	---	-------------------------

— которое отличалось отнесением англо-американского и скандинавского права к общей категории и выделением регионов центральной и юго-восточной Европы.

Другие устремления компаративистов того времени были в основном были направлены на объяснение того факта, что общее право является истинным и преданным наследником римского права, имеющим те же корни. По иронии, развитие этого подхода совпало с постепенным перемещением области научного культивирования римского права — с исключительного латино-германского региона центральной Европы в англоговорящие области, апеллирующие к ментальности общего права как к локальному регулятору. Так, Шлезингер (1960) отметил, что «по духу и методологии, а также во многих особенностях, классическое римское право более близко к общему праву, чем к современным сборникам гражданских законов». Или

«в системе общего права право судебной практики, ставшее общеобязательным в силу доктрины *уважения судебного прецедента* (*stare decisis*), представляет собой элемент стабильности, а [...] все новое появляется благодаря праву статутному. [...] В гражданском же праве сборники законов обеспечивают некоторую определенность (по крайней мере, вербальную) и стабильность структуры в то время, как судебное “толкование”, связанное формальным правилом *уважения судебного прецедента*, является гибким элементом»³⁸.

³⁷ Eörsi G. On the Problem of the Division of Legal Systems / Inchieste di diritto comparator. 2, Rotondi M. ed., Padova & New York: CEDAM & Oceana, 1973. P. 196.

³⁸ Schlesinger R.B. Comparative Law Cases — Text — Materials, 2nd ed. London: Stevens, 1960. P. 174, 187, note 2. Несмотря на ясность этого факта, все это далеко не ново. Всего лишь шестьдесят лет назад Эрнст Рабель утверждал (Rabel E.

За последние десять лет второго тысячелетия вновь возникли некоторые вялые попытки сделать по крайней мере поучительные описания в меняющихся условиях. Чешский ученый Кнапп стал одним из первых, кто расстался с социализмом (1991) и признал, что западное право сохранило свою старую дуальную форму после падения советской империи —

Континентальное право	Англо-американское право	Исламское право
--------------------------	-----------------------------	-----------------

—, отмечая, что гражданское и общее право вместе с исламское правовой культурой в настоящее время являются глобальными системами, достаточно развитыми, чтобы быть достойными юриди-

Schriften aus dem Nachlaß: Vorträge — Unprinted Lectures // Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht. 1986. № 50 (1–2). P. 322–323), что

«англичане и римляне [...] сходятся в вопросе о политике в области создания империи, а также в основных качественных характеристиках своих правовых привычек. Обычное право первоначально; метод судебного прецедента, развитие от одного судебного решения к другому — преобладают; осмотрительная традиция преобразует грубые начала в утонченное правосудие, поддержанное дуализмом строгого обычного права и справедливой практики магистратов — *jus civile* и *praetorium*, общего права и права справедливости — и целая доктрина посвящена вопросу о том, какую защиту сторона может получить в суде; сейчас мы задаемся тем же вопросом, что и Юстиниан: какие права есть у стороны вне судебного процесса?»

Вот основная истина, в соответствии с которой — как говорится в работе Артура Л. Гудхарта «Вклад Англии в философию права» (Goodhart A.L. English Contributions to the Philosophy of Law. New York: Oxford University Press 1949. 44 pp. [Benjamin N. Cardozo Lectures 1948]. P. 35) — «Общее право устанавливает свои общие принципы с учетом того, как разумный человек повел себя в определенных условиях, в то время как метод естественного права сводится к установлению общих принципов, а потом к предположению, что разумный человек будет действовать в соответствии с ними».

Стоит отметить, насколько более сложной и живой является характеристика, построенная на англо-американской реконструкции римской правовой традиции, по сравнению с континентальными подходами, исчерпывающимися индуктивностью противопоставляемой дедукции. Так, точка зрения Паунда о том, что «основное различие между континентальным и общим правом заключается не в сущности, а в методе» не было упрощено интерпретацией Фредерика Генри Лоусона (Lawson F.H. A Common Lawyer Looks at the Civil Law. Ann Arbor: University of Michigan Law School, 1953. [Thomas M. Cooley Lectures 5]. P. 46). Ведь «наличие кодекса не является необходимым признаком системы гражданского права, как и его отсутствие не является признаком системы общего права». Но все это должно означать отличия в «типе мышления», свидетельствующее, что «система континентального права более расположена к кодификации» — обстоятельство «более важное, чем кодексы» сами по себе.

ческого анализа³⁹. Ученый из Лунда Богдан (1994) был еще более осмотрительным и прагматичным, как будто размышляя: почему нужно говорить о том, чему не следует уделять время вообще? В его подходе, описанном в учебнике на шведском языке —

Английское право	Американское право	Французское право	Германское право	Социалистическое право
Китайское право			Исламское право	

— вообще не отведено места для права скандинавских стран, зато сделан акцент на том, что социалистическое право сохранилось на периферии, и даже предложено для анализа китайское право⁴⁰.

Концепции, появившиеся со временем, едва ли были чем-то большим, чем вариации традиций, созданных предшественниками. Так, например, Ван Хук и Уоррингтон (1998) открыто в очередной раз предложили схему, отделяющую «нас» от «других»⁴¹ —

Западное право	Иное право ✓ азиатское ✓ исламское ✓ африканское
----------------	---

—, подчеркивающую (без какой-либо претензии на оригинальность мысли, а лишь основанную на географическом делении) основополагающие различия огромных культур, у которых нет ничего общего, кроме того, что они являются «не западными» и объединили в себе все имеющиеся культуры. Классификация, данная Гленном (2000)⁴², также отвечала практическим требованиям —

Хтоническое право	Талмудистское право	Гражданское право	Исламское право
Общее право		Индусское право	Азиатское право

³⁹ Knapp V. Základy srovnávací právní vědy [Outlines of comparative jurisprudence]. Praha: Aleko, 1991. P. 52–53, 58 [Prameny a nové proudy právní vědy 5].

⁴⁰ Bogdan M. Comparative Law. Stockholm: Kluwer & Norstedts Juridik & Tano, 1994.

⁴¹ van Hoecke M., Warrington M. Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Dogmatics: Towards a New Model for Comparative Law // International and Comparative Law Quarterly. 1998. № 47 (3). P. 495–536.

⁴² Glenn H.P. Legal Traditions of the World Sustainable Diversity in Law. Oxford: Oxford University Press. 2000.

— с одной дополнительной особенностью, заключающейся в том, что ссылаясь на древние традиции, он (а) имел намерение разграничить исторические модели мышления, определяемые на основе философии, в рамках которых (b) он начал с хтонической (т.е., древней, примитивной, органической [*chthōn* = земля]) модели порядка, несмотря на тот факт, что едва ли хоть сколько-нибудь институционализированное право могло быть развито в ее пределах.

На пороге нового тысячелетия типологические эксперименты вновь появились в обновленном облике, что вызвало стремление связать юридическую картографию с настоящим, включая в нее исторические обзоры. В то же время произошло обогащение статического отражения прошлого или настоящего при помощи показателя динамического движения формации из одного места в другое. Все это, возможно, было мотивировано осознанием того, что все, что функционирует в настоящее время, может быть интерпретировано только в контексте сиюминутного непрерывного формирования. В то же время существует практическая необходимость найти исчерпывающий перечень основных категорий, выражающих направления и пределы глобализации правовых последствий — как фактических, так и потенциальных. Например, Маттеи — итальянский компаративист, работающий в Соединенных Штатах, предложил (1997) объединить политику, право и философские и религиозные традиции в одной схеме классификации⁴³, способной вызвать оживленные споры. В конечном счете эта схема —

Профессиональное право (Западная правовая традиция) [разграничение принятия решений в области права и политики, секуляризация права] ✓ Британское и американское ✓ Романское и германское ✓ Скандинавское ✓ смешанное	Политическое право (право развития) [нестабильное] (пост-социалистическое, южно-европейское, кубинское, неустановленное африканское и юно-американское)	Традиционное право (восточный подход) ✓ исламское ✓ индийское и индусское ✓ иное азиатское / КОНФУЦИАНСКОЕ (китайское {тяготеющее к политическому} и японское {тяготеющее к профессиональному})* право пост-советской Азии, право пост-социалистической Азии)
---	---	---

* Mattei U. Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems // The American Journal of Comparative Law. 1997. № 45 (1). P. 40.

⁴³ Mattei U. Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems // The American Journal of Comparative Law. 1997. № 45 (1). P. 19.

— противопоставила Запад и Восток, то есть право светского автономного **профессионализма** — **традиционалистскому** праву, окостеневших в своем прошлом, оба из которых стремятся к постоянству и стабильности как к залогам нахождения возможных точек соприкосновения только для того, чтобы внедрить в себя что-то, постоянно находящееся в движении, что-то нестабильное и зависимое, в чем преобладает политика, но все же способное развиваться в каждом из этих окостенелых направлений. Маттеи даже не рассматривал свою схему в качестве системы соизмеримых субъектов, скорее это была его позиция или рекомендованный понятийный подход для возможной группировки. Так оно и есть, потому что компоненты его схемы постоянно находятся в движении, подобно субъектам, не являющимся гомогенными сущностями, но вовлеченным во внутренние конфликты, по необходимости расходящимся в разные направления. Потому что

«[о]дна и та же система может принадлежать и к традиционному праву, если мы обращаемся к праву семейному, и в то же время она может относиться к профессиональному праву в той мере, в которой мы затрагиваем коммерческое право, и она же может принадлежать к политическому праву, если рассматривать ее систему уголовной юстиции»⁴⁴.

В развитие дебатов, вызванных Маттеи, финский ученый Хуса (2004) представил вниманию научного сообщества возможные конфигурации в виде перекрестных ссылок. Его группировка двойного подразделения⁴⁵ —

	<i>усиливающееся/официальное</i>	<i>слабеющее/неофициальное</i>
<i>Западное</i>	✓ гражданское право ✓ общее право	✓ социалистическое
<i>НеЗападное</i>	✓ исламское ✓ индусское	✓ африканское ✓ азиатское
<i>смешанное</i>	(израильское, квебекское)	(шотландское, луизианское)

⁴⁴ Ibid. P. 16.

⁴⁵ Husa J. Classification of Legal Families Today: Is It Time for a Memorial Hymn? // *Revue internationale de Droit compare*. 2004. № 56 (1). P. 11–38.

— поляризованная вокруг центробежной силы, свойственной процессу приобретения правом **официального статуса** и центростремительности **неофициального** статуса права, и в то же время вокруг обоснования, основанного на обращении к **западной** и **незападной** моделям или влиянию. Социализм здесь рассматривается как переходная фаза, продукт, присущий Западу, потому что «социалистическое право в культурном смысле является обновленной европейской версией [...] европейского марксизма», независимо от того, был ли он взят в зачаточной форме или в упадке⁴⁶. Что касается восточной традиции, то только мусульманское и индусское право были признаны автором классификации действительно официальными и достойными исследования. Корейское, китайское и/или японское конфуцианство были признаны слабеющими и стремящимися к избавлению от права, а поэтому соотносимыми с неопределенной правовой ситуацией в Африке, и были оставлены без доктринального анализа. Наконец, вполне соответствует реальному положению вещь то, что в категории смешанного права можно увидеть стремящееся к изменениям шотландское право (конечно же, возрождающее свои римские корни), Луизиану (по предположению автора, слабеющую в своем противостоянии американизации) и Израиль (основанный на мультикультурализме).

3. Недоступная таксономия или практический момент в юридической картографии

Если в теоретико-правовой мысли на протяжении истории ее развития можно заметить постепенное накопление философско-методологических основ, то сравнительно-правовой анализ в рамках каждого исследования должен начинаться заново, несмотря на то, что в большей части книг, посвященных этой области, никогда не ставился вопрос о том, что такое сравнение в праве вообще.

Многозначительное сравнение того, что классификация видов права до сих пор «находится в состоянии ботаники и зоологии до Линнея и анатомии до Кювье»⁴⁷ подчеркивает неразрешенную проблематику первоначальных вопросов юридической картографии. Потому что объекты природного мира существуют в безвременном и автономном развитии с основными структурами, следующими

⁴⁶ Ibid. P. 30.

⁴⁷ Constantinesco L.-J. Traité de droit compare. 3: La science des droits compares. Paris: Economica, 1983. P. 21, note 5.

принципу разумного разделения, подлежащему объяснению с позиции физических свойств. Напротив, правовые системы являются исторически формирующимися объективациями. Они эволюционируют в различных сообществах, принадлежащих к отдельным цивилизациям, контекстуализированным с помощью различных культурных сред, у которых едва ли есть что-то общее. Их общим знаменателем (или *genus proximum*) может быть только потребность в чем-то или какая-то организующая сила, или абстрактная человеческая концептуализация общественного идеала *порядка*. Или же из всего разнообразия вариантов организации человеческих сообществ при помощи различных (религиозных, этических, экономических и политических) средств будет выбрано именно то, что принято называть «правом» или феноменом «реализации права» — как *differentia specifica* — на основе понимания того, что (а) право есть глобальный феномен в силу его распространения на все общество, когда (б) оно разрешает основные конфликты интересов в рамках общества (с) в своем качестве конечного регулятора общественных отношений и контролирующей силы⁴⁸. Следовательно, быть гетерогенным комплексом, противостоящим любой таксономии — вот исключительно человеческая практическая потребность, которая может (если что-то вообще может) быть классифицирована так, чтобы небольшие группы компонентов были охарактеризованы как единство. Поэтому высказывания о том, что классификация «[д]ля некоторых компаративистов [...] может стать такой же [...] полезной [...] как и [...] таксономия»⁴⁹, или то, что она удовлетворяет «помимо прочего, и таксономические потребности»⁵⁰ — могут пониматься только фигурально. Мы подходим ближе к правдоподобию ответу, просто заявляя, что «классификации делаются в целях упрощения»⁵¹, то есть большие конгломераты разбиваются на мелкие единицы для того, чтобы сделать их гетерогенные компоненты более податливыми для применения на практике.

В литературе дано ясное подтверждение тому, что «невозможно создать единую систему классификации, идеальную со всех точек

⁴⁸ Varga Cs. The Paradigms... (2012), para. 6.1.

⁴⁹ Husa J. Legal Families in Comparative Law — are they of any Real Use? // Rettfærd. 2001. № 24, Nr. 95. P. 18.

⁵⁰ Zweigert K., Kötz H. P. 63.

⁵¹ Örüçü E. Mixed and Mixing Systems: A Conceptual Search / Studies in Legal Systems Mixed and Mixing / Örüçü E., Attwooll E., Coyle E eds. The Hague: Kluwer Law International, 1996. P. 335.

зрения и заключающую в себе четкое разделение между «семьями» или группами»⁵². В конце концов, несущественно не наше знание и не введение в науку — даже если это было бы до Карла Линнея или Жоржа Кювье, или (в описании комплекса элементарных материальных компонентов) Дмитрия Ивановича Менделеева. На карту здесь поставлен тот жестокий факт, что объекты нашего исследования могут быть рассмотрены в качестве секций случайных наборов, возникших в результате действия случайных процессов со случайными компонентами, которые могут, несмотря на все это, быть условно определены как фиксированный блок, довольно устойчивый, чтобы быть предметом систематического исследования, но без возможности построения на этой основе какой-либо завершенной теории.

Применительно к вопросу об условном обозначении исторической эпохи, художественном стиле, группе правовых систем или имплементации любого другого искусственного принципа упорядочивания человеческого общества только средняя категория комплексного социально-культурного описания наиболее подходит для характеристики, но не для определения⁵³. Любое подобное условное обозначение есть вопрос конвенции о классифицировании объектов, результат развития человеческой культуры в деле проектирования некоторого разумного порядка. Что касается самих обозначений, то дилемма о том, воспроизводят ли они реальное или идеальное положение вещей, до сих пор не разрешена. Точно также наличие у них референта в реальной действительности не является обязательным условием. В смысле эпистемологической рефлексии (или соответствия), они по необходимости не являются ни истинными, ни ложными, как и не должны они быть безальтернативными. Тем не менее, благодаря выполненной классификации, они подходят для целей комплексной типологической характеристики. Любое

⁵² Malmström A. The System...1969. P. 138.

⁵³ Например, Эрнс Кассирер (Cassirer E. The Logic of the Humanities [Logik der Kulturwissenschaften] trans. Clarence Smith Howe. New Haven: Yale University Press, 1961. P. 140) разделяет понятия культуры (culture-concepts) и понятия природы (nature-concept, отсылая к первой в этой области работе Генриха Вёльфлина (Wölfflin H. Kunstgeschichtliche Grundbegriffe Das Problem der Stilenentwicklung in der neueren Kunst. München: Hugo Bruckmann Verlag), утверждая, что первые «характеризуют, но [...] не предопределяют; потому что данные, которые они охватывают, не могут быть выведены из них». К такому же выводу пришли, разделив понятия порядка (concepts of order), служащие исключительно для характеристики — от классовых понятий (class-concepts), которые определяют введение в концептуальную степень. Hempel C.G., Oppenheim P. Der Typusbegriff im Licht der neuen Logik. Leiden: Sijthoff, 1936.

такое описание является незаконченным, поскольку «не может существовать никакой конечной истины в вопросе о том, что является «необходимым» или «существенным»»⁵⁴ в группировке. Следовательно, очевидный факт, что все подобные операции «как правило, встроены в локальные культурные и социальные системы и выполняют различные социальные функции»⁵⁵, указывает не на их дополнительные черты, не на историческую случайность, а на выражение их простой практичности.

Даже если такие категории, как «культурные и правовые круги» с различными «стилями», могут показаться несколько примитивными⁵⁶, тем не менее все они олицетворяют решительный шаг вперед от фальшивой объективности нормативного фетишизма⁵⁷ к пониманию внутренней сущности права как культурного феномена. Это элементарное предположение о сопоставлении права с культурой, культурой мысли, культурой порядка и проч., должно, помимо прочего, воспитывать интерес к сравнительному правовому мышлению⁵⁸.

В общем, для того, чтобы говорить предметно о правовых системах прошлого и настоящего, как сделано в некоторых классификациях, позволяющих дать обобщающую характеристику их небольшим комплексам, в первую очередь мы должны определиться, о чем мы говорим. То есть необходимо реконструировать правовые системы в рамках типологии, созданной специально для этой цели, а именно воссоздать их субординацию по (квази) классам в (квази) логической форме. Данная форма будет оставаться пустой, поскольку за неиме-

⁵⁴ Spiethoff A. Die Allgemeine Volkswirtschaftslehre als geschichtliche Theorie / Festgabe für Werner Sombart zur siebenzigsten Wiederkehr seines Geburtstages 19. Jänner 1933, hrsg. Arthur Spiethoff. München: Duncker & Humblot, 1933. P. 57. [Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche 56:6].

⁵⁵ URL: <<http://en.wikipedia.org/wiki/Taxonomy>>.

⁵⁶ См., например: Constantinesco L.-J. Die Kulturkreise als Grundlage des Rechtskreise // Zeitschrift für Rechtsvergleichung. 1981. № 22, Nr. 80. P. 161–178 и Über den Stil der «Stiltheorie» in der Rechtsvergleichung // Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft. 1979. №. 78. P. 154 и далее.

⁵⁷ Едва ли в сравнительном правоведении это направление стало чем-то больше, чем просто открытие. Даже резкая критика, которую дают Ван Хук и Уоррингтон в своей работе о правовых культурах (van Hoescke M., Warrington M. Op. cit. P. 502) останавливается на заявлении, что «существуют сомнения на счет того, представляет ли традиционное понимание «права как нормы» прочную основу для классификации «правовых семей».

⁵⁸ См., например: Comparative Legal Cultures / Varga Cs. ed., 1992. Part IV: «Comparative Legal Methods». P. 331–447 и European Legal Cultures / Gessner, Hoeland & Varga eds., 1996, Part II: «The European Legal Mind». P. 87–166.

нием какой-либо мета-культуры, подходящей на роль первоисточника, не существует критерия или фундамента, которые могли бы послужить мостом между различными культурами. Следовательно, результатом любой классификации может стать лишь более или менее точная характеристика, в рамках которой можно будет соизмерить независимые феномены, вынуждая их отвечать на вопросы, чуждые их природе — даже если это имеет смысл для достижений какой-то практической цели. Критика же в адрес неизбежной неполноценности классификации, в конечном счете, является ничем иным, как самокритикой предположений, порожденных утопией западного рационализма, готового подвергнуть все своему одностороннему логическому анализу. В результате все это говорит больше о нас самих, чем о предмете исследования: преобладание логического рационализма и эпистемологии естественных наук в нашем мышлении.

Это один из примеров зачарованного исследования. Так, в конце концов, мы живем с нашим «себя»-сознанием⁵⁹ и — используя двойные стандарты в классификациях — мы «помещаем западную правовую культуру на самый верх некой подразумеваемой нормативной шкалы»⁶⁰. Тем самым фактически мы лишаем себя «критического потенциала»⁶¹ объективной оценки. И все же эта предвзятость не предосудительна. Мы отображаем правовые системы именно для того, чтобы воспринимать их как противопоставленные нашей правовой системе, путем сопоставления конкретных характеристик и направлений, которые отличают их от той, с которой мы хорошо знакомы. Честно говоря, это не является ни критическим расстоянием, продиктованным требованием объективности научного описания, ни позицией стороннего наблюдателя, с помощью которой мы исследуем то, что считаем «другим». Напротив, мы поступаем так, чтобы лучше осмыслить самих себя, то есть сравнить последнюю с первой с позиции нашей собственной культуры. Поэтому мы не являемся ни нейтральными, ни страдаем от нехватки сочувствия, а, наоборот, просто хотим осмыслить для самих себя на основе того знания, приобретенного до этих пор. Следовательно, в то же время для того, чтобы познать и «другого», мы должны действовать «про-

⁵⁹ Husa J. Classification of Legal Families Today: Is It Time for a Memorial Hymn?. P. 17.

⁶⁰ Frankenberg G. Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law // Harvard International Law Journal. 1985. № 26 (2). P. 422.

⁶¹ Peters A., Schwenke H. Comparative Law Beyond Post-modernism // International and Comparative Law Quarterly. 2004. № 49 (4). P. 821.

тив естественной тенденции необдуманно использовать идеалы своей собственной системы в качестве нормативной меры»⁶².

Принимая во внимание ту степень, в которой советское (социалистическое) право могло войти в фокус исследования в эпоху «холодной» войны при помощи преобладающих усилий сгруппировать правовые образования этого периода⁶³, сейчас мы можем рассматривать либо как историческую случайность, либо как непредвиденные обстоятельства политико-научных соображений тот факт, что почти ни одна типология не предлагает признавать право большевизма, фашизма и национал-социализма, появившиеся в период двух мировых войн, несмотря на их невероятную экспансию и воинствующую и жесткую самоидентификацию, отрицающую и перешагивающую через индивидуалистические идеалы римского права. Возможно, склонность к апатии, присущая компаративистским процессам классификации и чувство тревоги, вызванное появившимися между войнами экспериментами большевизма/фашизма/национал-социализма — или проще, *реальной политики* — могут объяснить избирательность, в условиях которой какие-то феномены могут быть отфильтрованы с помощью концептуального обобщения и войти в общую категорию классификации, а какие-то нет. Таким образом, в вопросах, касающихся общества, причина, по которой определенные черты становятся концептуализированными, не находится обязательно и исключительно в себе и для себя, но по крайней мере отчасти она кроется в нашем желании эти черты классифицировать.

4. Многообразие как основное свойство человеческого существования

Такие крайности, как создание дихотомий, отделяющих «нас» от «них» (отстаивающих отличительные признаки) может запросто привести к подчинению господствующему течению, которое, между

⁶² Reitz J. C. How to Do Comparative Law // The American Journal of Comparative Law. 1998. № 46 (4). P. 623.

⁶³ Вопреки запрету советской властью в 1960 г. сравнительного правоведения, Сабо и Эрси «перезапустили» его с позиции социалистического блока как науку, выражающую одновременно и переквалификацию юридической науки, и молчаливое признание социалистического права как своеобразного типа. Varga Cs. Philosophising on Law under the Umbrella of Marxism in Hungary // Acta Juridica Hungarica. 2012. № 53 (4). P. 275–277 (URL: http://www.academia.edu/6118019/CONTEMPORARY_LEGAL_PHILOSOPHISING_Schmitt_Kelsen_Luk%C3%A1cs_Hart_and_Law_and_Literature_with_Marxism_s_Dark_Legacy_in_Central_Europe_On_Teaching_Legal_Philosophy_in_Appendix_>, 95–119).

тем, часто меняется. Сама угроза Второй мировой войны привела к тому, что многообразие мира было воспринято в качестве потенциальной угрозы, при которой даже национальная партикуляризация права может показаться иррациональной —

“многообразие права [...] является препятствием для коммерции и взаимодействия, созданным всякого рода непониманием, которое не способствует экономической и духовной взаимосвязи современного мира”⁶⁴

— в то время, как сейчас, когда основанная на либеральных посылах догма единства человечества была опровергнута, мы снова стремимся распознать другого как врага. В результате, даже в упрощенном виде вывод, сделанный из столкновения цивилизаций⁶⁵, потенциально может указать на то, что пестрота правовой карты мира предвещает некоторое «столкновение правовых семей»⁶⁶. Действительно, подобный страх и антипатия могли в самом деле возникнуть благодаря нормативному фетишизму западного права, вынужденного преумножать свои проявления при столкновении с многообразными проявлениями не-западного права.

Однако, стоит нам только признать за чуждыми нам реификациями силу правовой культуры и за особенностями права соответствующую свободу для того, чтобы искать пути и способы (пере-)установления порядка, мы приблизимся к пониманию, почему так важно, чтобы мировое и культурное многообразие рассматривалось в качестве необходимого условия человеческого существования, основополагающего для выживания.

⁶⁴ Schnitzer A.F. De la diversité et de l'unification du droit: Aspects juridiques et sociologiques. Bâle: Verlag für Recht und Gesellschaft, 1946. P. 1. [L'Institut Universitaire de Hautes Études Internationales {Genève} 24].

⁶⁵ Huntington S.P. The Clash of Civilizations // Foreign Affairs. Summer 1993. № 72 (3). P. 22–28.

⁶⁶ Scholler H. Vorwort / Die Bedeutung der Lehre vom Rechtskreis und der Rechtskultur / hrsg. Scholler H., Tellenbach S. Berlin: Duncker & Humblot, 2001. P. 7–11 [Schriften zur Rechtslehre 201].

Цели и средства в праве

(*Нейтральность техники*) В век современного формального права большинство наших социальных институтов в глубине своей организованы и регулируются на основе бюрократической модели. Как показали исследования, проведенные еще Максом Вебером, мы полностью осознаем важность и долгосрочное влияние этого факта, как и материальное воздействие, которое он может оказать на регулируемые отношения¹.

В сфере юриспруденции, как было показано в работах, например, Фридриха Карла фон Савиньи, Франсуа Жени и Жана Дабена, право в процессе его применения может быть актуализировано только в том или ином **контексте** с помощью **заданной юридической техники**. Однако, принимая во внимание то, что *бесконечная редукция* (*reductio ad infinitum*) невозможна, техника правоприменения не только не поддается дальнейшему нормативному определению, но делает возможными иные виды применения, имеющие равные шансы в логическом обосновании, которые указывают на явно противоположные и взаимоисключающие направления². Выбор между *инклюдивным* или *эксклюдивным*, аргументами *a simile* или аргументами *e contrario*, *аналогией* или исключением всего перечисленного, — независимо от того, находимся ли мы в поиске основного сходства или отмечаем различия, — может быть проверено с позиции формальной логики права. Именно эти вопросы постоянно разрешают судьи в судах континентального и общего права в своей профессиональной жизни — независимо от того, основаны ли

¹ Varga Cs. «Thing» and Reification in Law / Varga Cs. *The Place of Law* [1978]. 2012. P. 160–184.

² Varga Cs, Szájer J. Legal technique / *Rechtskultur — Denkkultur*: Ergebnisse des ungarisch-österreichischen Symposiums der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie 1987, hrsg. Erhard Mock & Csaba Varga. Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden. 1989. P. 136–147 [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 35]; Varga Cs. *Law and Philosophy*. 1994. P. 187–198.

правовые культуры, к которым они принадлежат, на установленных правилах, на руководящих судебных решениях (прецедентах) или на нахождении формулы (*предписания*), указывающей, как следует отправлять правосудие. Но ответ на вопрос, касающийся того, как судьям следует действовать и отправлять правосудие, будет очень простым: они действуют, следуя образцам, как можно дольше; затем — прибегая к своим собственным дискреционным полномочиям, когда уже нет никакого образца, способного дать руководство к действию.

Таким образом, в своей практической материализации право в значительной степени зависит от способа выбора и актуализации тех технических и интерпретативных, аргументативных и доказательных средств и процедур, которые приняты в праве для того, чтобы и формировать, и направлять принятие судебного решения в окончательной форме, над которым право больше не властно. Из-за того, что такие посредники вклиниваются в процесс, материализующая сила права возвращается в руки лица (когда уход от личной ответственности уже невозможен), имеющего равные шансы применить или не применить (недо-применить или сверх-применить) норму, обеспечивая более или менее оптимальное применение — даже если дело идет о разделе наследства или касается чьих-то полномочий³.

Именно по этой причине наш теоретический интерес и ответственность заключаются в том, чтобы работа над созданием права ни в коем случае не прекращалась в момент установления нормы. Поскольку «право в книгах» [что-то наподобие *вещи в себе*] становится осязаемым для нас [как *вещь для нас*] только в реальности «права в действии»⁴, то право не может быть понято иначе, как процесс. А понятое как **процесс**, право выполняет работу функции социального посредника и может быть оценено через призму **культур**, задающей его **условия и контекст**.

(*Иоанн Павел II об индивидуальности, ее благах и праве*) Философия, ставящая личность в свой центр, как сформулировал верховный понтифик Иоанн Павел II в период своей ранней философской карьеры в Польше и в том виде, в каком эта идея интегрировалась в

³ Varga Cs. *The Paradigms of Legal Thinking*. 2012.

⁴ Pound R. Law in Books and Law in Action // *American Law Review*. 1910. № 44. P. 12–36.

общественные учения церкви, отражает методологически сходные идеи относительно институциональных операций в целом. В частности, «[ч]еловек не должен отречься от самого себя, от своего места в этом мире; он не должен быть рабом вещей, рабом экономических систем производства, рабом того, что он сам произвел. Всякая цивилизация, принявшая чисто материалистическое направление, обрекает человека на такое рабство, даже если первоначальные принципы и намерения ее зачинателей были иными», тем более, что «[д]ело касается развития личности, а не накопления вещей, которые служат людям. Ибо [...] лучше «больше быть», нежели «больше иметь»⁵. И во все времена именно человечество несет за все это ответственность; ответственность, которая не может быть перенесена на созданные человеком институты или надстройку, или общество. Ни один механизм человеческих обществ или ассоциаций не должен пониматься как цель в себе и для себя. Продукты человеческой деятельности также не должны использоваться как самооправдание. Мы должны осознавать, что «[п]рава человека и права Бога идут рука об руку»⁶.

Все наши лозунги во имя институтов, созданных человеком, являются плодами человеческого стремления к добру, борьбы и успехов в той степени, в которой у человечества действительно есть причины оберегать продукты своих усилий. Тем не менее, значение этих плодов может лежать не в них самих, а в тех ценностях, достижению которых они способствуют. Главная цель человечества, согласно Евангелию, заключается не просто в разработке средств, но в правильном служении человеческой личности и ее неотъемлемому достоинству здесь, на Земле, посредством развития среды, подходящей для заботы о них. Прочитируем один пример, «[ф]актически, демократия сама по себе является средством, а не целью, и ценность демократии сохраняется или снижается в зависимости от тех ценностей, которые она воплощает и охраняет»⁷. Сходная вза-

⁵ *Redemptor hominis* (March 4, 1979): URL: https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/en/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_04031979_redemptor-hominis.html, 16b & 16d. [Иоанн Павел II. Искупитель человека. Бог, богатый милосердием. Совершая труд. Идите по всему миру. Издательство SIMVOL, Франция. С. 3–60].

⁶ *Commentarium Officiale: Acta Ioannis Pauli Pp II // Acta Apostolicae Sedis*. № 80: URL: <http://www.vatican.va/archive/aas/documents/AAS-80-1988-ocr.pdf>, P. 323.

⁷ *Message of the Holy Father / Democracy Reality and Responsibility. The Proceedings of the Sixth Plenary Session of the Pontifical Academy of Social Sciences*, 23–26 February 2000. Zacher H.F. ed. Vatican City, 2001., (*Pontificiae Academiae Scientiarum Socialium Acta* 6: URL: <http://www.pass.va/content/scienze sociali/en/publications/>

имозависимость между целями и средствами (с необходимым подчинением последних) также возникает в связи с оценкой мировой интеграции государств в единое сообщество, как одной из главных тенденций, обусловивших нашу эпоху и определяющих наше будущее. Так, «[г]лобализация *a priori* ни хороша и не плоха. Она будет такой, какой ее сделают люди. Ни одна система не является самоцелью, и необходимо настаивать на том, что глобализация, как и любая другая система, должна служить человеческой личности; она должна служить единству и общему благу»⁸. Очевидно, если «глобализация регулируется лишь законами рынка, применяемыми на благо сильнейших, ее последствия не могут не быть негативными». Результаты будут очевидными, если, как демонстрируют примеры, приведенные Папой, влияние глобализации будет проявляться в «абсолютизации экономики, безработице, сокращении государственных услуг и ухудшении их качества, разрушении окружающей среды и природных ресурсов, росте расстояния между богатыми и бедными, недобросовестной конкуренции, которая ставит бедные страны в положение все большей неполноценности»⁹. Ни один институт поэтому не является непорочным сам по себе и ни один институт не несет в себе самодовлеющую ценность. Служение людям может быть единственной причиной, оправдывающей существование институтов: в том смысле, что «базой для постоянной проверки программ, систем и режимов будет [...] именно то, что является единственным и основным, то есть — благо людей, еще точнее, благо личности в обществе»¹⁰. Если заглянуть глубже —

acta/democracyreality.html, P. xxxvi, цит.: *Evangelium Vitae* (March 25, 1995), 70). Как продолжает Р. Миннерах, «Демократия сама по себе [...] не является верховной ценностью. [...] Есть универсальные ценности, присущие человеческой природе, по поводу которых большинство людей не имеют возможности ничего решить» (Minnerath R. *Le développement de la démocratie et la doctrine sociale de l'Église / Democracy: Reality and Responsibility*. P. 416).

⁸ Address of the Holy Father / *Globalization Ethical and Institutional Concern* (Proceedings, Seventh Plenary Session, 25–28 April 2001) Malinvaud E., Sabourin L. Eds. Vatican City, 2001. P. 408. The Pontifical Academy of Social Sciences, Acta 7: URL: <http://www.pass.va/content/scienze sociali/en/publications/acta/globalization.html>, P. 28.

⁹ Pope John Paul II. *Ecclesia in America* (January 22, 1999), 20, цит. по Martin D. *Globalization in the Social Teaching of the Church // The Social Dimensions of Globalisation. Proceedings of the Workshop on Globalisation*, 21–22 February 2000. Sabourin L. ed. Ex Aedibus Academicis in Civitate Vaticana: MM. P. 93. (Pontificiae Academiae Scientiarum Socialium, Miscellanea 2: URL: <http://www.pass.va/content/scienze sociali/en/publications/miscellanea/socialdimensions.html>, P. 86).

¹⁰ *Redemptor hominis*, 17d.

в самую суть «внутренней потребности» или «внутреннего требования человека», служение которым должно стать целью всех человеческих устремлений, мы неизбежно приближаемся к сфере ценностей: ценностей, которые мы сами должны развивать и искать в созданном нами мире. Это ценности, основанные на нашей собственной культуре, пережитые и постоянно совершенствуемые, помогающие нам ориентироваться в мире, в рамках которого мы мыслим и действуем, отдавая себе отчет в своем человеческом существовании. Все это свидетельствует о неоспоримом приоритете ценностей. В этих условиях мы можем согласиться, что «[э]тика требует того, чтобы система была созвучна потребностям человека, но не того, чтобы человек приносил себя в жертву системе. [...] Глобализация не должна стать новой версией колониализма. Она должна уважать многообразие культур, [...] являющихся ключами к толкованию жизни»¹¹. Будучи осведомленным о современных угрозах, Римский Папа утверждал, что желаемый исход «не есть [...] установление единой доминирующей социально-экономической системы культуры, которая будет навязывать свои ценности и критерии в сфере этического мышления», «не [...] абсолютная релятивизация ценностей и гомогенизация образа жизни и культур»¹². Это решение человека о его собственной жизни с учетом принципа субсидиарности, имеющего жизненно важное значение. Оно также включает в себя уважение к решениям, принимаемым людьми на всех уровнях, к тому суверенитету, который может быть реализован в плоскости как индивида, так и государства. «Основная идея, основной смысл существования государства, рассматриваемого как политическое объединение, заключается в том, чтобы общество, народ, который его образует, был хозяином своей судьбы. Но если власть осуществляется без морального уча-

¹¹ Ratzinger J. *Crises of Law*. Rome, 10 November, 1999): URL: <http://www.ewtn.com/library/Theology/LAWMETA.HTM>. Торжественное обращение кардинала, а в последствие Папы Бенедикта XVI, по поводу присуждения ему звания почетного доктора факультета права университета Рима.

¹² Address of the Holy Father / *Globalization*. 2001. P. 29. Как продолжает Томас Фридман, «нельзя создать зарождающееся общество [...], одновременно уничтожая культурные основы, скрепляющие его и дающие ему уверенность в себе и сплоченность — основы, необходимые для правильного взаимодействия с миром [...]». Ибо без устойчивой культуры нет устойчивого сообщества, а без устойчивого сообщества нет устойчивой глобализации. Friedman T.L. *The Lexus and the Olive Tree*. New York: Farrar, Straus & Giroux. 2000. P. 302, цит. по: Glendon M.A. *Meeting the Challenges of Globalization* / *Globalization*. 2001. P. 338.

ствия общества, если какая-то определенная группа людей навязывает свое господство другим, тогда основная идея государства так и остается идеей, не реализуясь на практике»¹³.

В свете такого учения, даже достигнутые за несколько веков достижения евроатлантического развития, которые, как правило, понимаются как сами собой разумеющиеся, — такие как демократия, парламентаризм и права человека, — сами по себе едва ли могут считаться чем-то большим, чем безликими техниками. Или же в себе и для себя они являются ничем иным, как нейтральными инструментами, несущими в себе ценности, исключительно посредством реализации целей, для служения которым они однажды были изобретены¹⁴. И все же, при условии, что все сказанное верно, эти достижения могут быть приняты только в качестве универсальных и абстрактных возможностей, потому что та глубина, до которой они на самом деле исполняют свое предназначение в тех условиях, которые существуют здесь и сейчас, в конечном итоге может свидетельствовать о том, что их конкретная материализация проходит хорошо, полезно или образцово. Да, есть наша обязанность действовать или развивать эти достижения, что может потребоваться в любой момент времени; но при этом мы не должны забывать, что они являются оправданным лишь в той степени, в которой они способствуют развитию личности, прямо или косвенно¹⁵.

Мы должны осознать, что ни одно из них не имеет превалирующего значения само по себе как частичка природы или некая сущность, изначально предназначенная для того, чтобы придавать форму человеческим жизням. Так, «[д]емократия, как в самой идее, так и в практической реализации, не предстает сама по себе; она не является ни интеллектуальной данностью, ни случайным поведением. Напротив [...]»¹⁶. То есть все это есть искусственные

¹³ *Redemptor Hominis*.

¹⁴ См., например: Democracy Some Acute Questions / The Proceedings of the Fourth Plenary Session of the Pontifical Academy of Social Sciences, 22–25 April 1998. Hans F. Zacher ed. Vatican City. 1999. (Pontificiae Academiae Scientiarum Socialium Acta 4: URL: <http://www.pass.va/content/scienze-sociali/en/publications/acta/democracy.html> and *Democracy* 2000).

¹⁵ Varga Cs. Rule of Law — at the Crossroads of Challenges' *Iustum Aequum Salutare* [Budapest] I. 2005. P. 73–88: URL: http://epa.oszk.hu/02400/02445/00001/pdf/EPA02445_ias_2005_01_073-088.pdf.

¹⁶ Rémond R. Democracy in Western Europe / *Democracy*. Proceedings of the Workshop, 12–13 December 1996. Zacher H.F. ed. Ec Aidubvs Academicis in Civitate Vaticana: MCMXCVIII. (Pontificiae Academiae Scientiarum Socialium, Miscellanea 1,

конструкции, созданные человеком: навыки, разработанные в рамках постоянно контролируемого опыта, накопленного многими поколениями¹⁷, подкрепленные и подтвержденные непрестанными человеческими попытками социализации, регенерации и переконвенционализации.

(Иоанн Павел II о личности, семье и нации) После изучения антропологии с позиции истории философии, у нас может возникнуть представление, согласно которому **человек** (в том числе его или ее личность и индивидуальность) на протяжении истории может развиваться только так, как это обусловлено формами объединения, необходимыми для биологического и общественного воспроизводства человечества: формами, известными — за неимением лучшей идентификации — как **семьи**, а также **нации**¹⁸. Личность, ее семья и ее нация — вот какими должны быть главные составляющие, принятые в качестве аксиоматических основ общества людей, в том виде, в котором они в настоящее время известны, последовательно опирающимися друг на друга, как сбалансированные во взаимной обусловленности и поддержке. Таким образом, никаких внешних ограничений (даже во имя таких обычно абсолютизированных человеческих ценностей, как свобода и самоопределение) не может быть наложено на них и в ущерб кому-либо из них. Следовательно, любая иная собственно человеческая ценность обращена к ним и играет по отношению к ним роль инструмента, способствуя оптимальному развитию личности, семьи и нации.

P. 52: URL: <http://www.pass.va/content/scienze-sociali/en/publications/miscellanea/democracy.html>).

¹⁷ Сам Папа — в послании к Четвертой пленарной сессии Академии социальных наук Ватикана в 1998 году предложил обсудить актуальные вопросы демократии, изложенные в работе «*Democracy Some Acute Questions*» (1999): 'Address of the Holy Father', P. 26 — обращаясь к энциклике *Centesimus annus* (May 1, 1991), 43, в которой говорится, что «Церковь никаких моделей не предлагает. Реальные, подлинно действенные модели могут возникнуть лишь в рамках различных исторических ситуаций, благодаря усилиям тех, кто со всей ответственностью подходит к решению конкретных проблем во всех их социальных, экономических, политических и культурных аспектах, не отделяемых друг от друга».

¹⁸ *Laborem exercens* (14 September, 1981): URL: http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/en/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091981_laborem-exercens. URL: html, 10, 6d & 3b. [Папа Иоанн Павел II. Совершая труд. Фонд Иоанна Павла II: <http://www.fjp2.com/ru/john-paul-ii/online-library/encyclicals/96-laborem-exercens>].

Очевидно, что семья и нация, как средства для социального воспроизводства человека, выполняют для личности функцию инструмента для реализации развития своего достоинства. Права человека, основные свободы, а также правовые ценности свободы и самоопределения служат первым¹⁹. Наконец, такие ценности правового формализма, как правовая безопасность, равенство перед законом и предсказуемость этого закона, играют роль чисто формальных посреднических ценностей для всех вышеперечисленных основополагающих ценностей.

Таким образом, смысл институциональной работы сводится обязательно к чему-то большему, чем собственная судьба человека; поэтому, он не может контролироваться, квалифицироваться или оправдываться лишь путем отсылки к самому себе и с точки зрения его институциональной конституции. Соблюдение набора правил, определяющих институциональную работу в ее формализованной гомогенности, имеет значение для того, чтобы квалифицировать данную работу как выполненную по ее собственным правилам, но не для чего-то иного или большего. Без сомнения, предполагается, что институты будут работать регулярно. Однако, они были учреждены, разумеется, не для того, чтобы регулярно работать ради самих себя (как говорится, по принципу *искусство ради искусства*). В целом, здесь ставка делается на что-то большее, чем идея, предложенная доктриной «о превосходстве большего числа и о том, что всякое право и всякий почет принадлежат большинству»²⁰. Потому что «[и]мперия правды не является и не может являться демократической»²¹. Всякий и каждый институт указывает за пределы само-

¹⁹ Одна из причин, по которой заслуженный профессор демографии Лувенского католического университета Мишель Скуян считает решающее влияние, оказываемое на наш план глобализации светскими идеологами нью-эйджа под эгидой Соединенных Штатов, еще более опасным, чем классический марксизм, сводится к тому, что, восставая против духа Декларации прав человека (1948 г.), они определяют судьбу мира, а вместе и ним и неотъемлемое достоинство человеческой личности, как и функцию принятия большинством решений, принятых неравными сторонами, навязывающими свою волю другим нациям подобно мировому правительству в нарушение принципа субсидиарности. См., например, поддержку церковной позиции: Curtiss E.L. United Nations Population Management // *Social Justice Review*. May–June 2002: URL: <http://perso.infonie.be/le.feu/ms/divag/rcdag.htm>.

²⁰ XIII *Leo Libertas Praestantissimum* (June 20, 1888): URL: http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/en/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_20061888_libertas.html. [Папа Лев XIII. О природе человеческой свободы. Una Voce Russia: <http://www.unavoce.ru/library/libertas.html>]

²¹ Malik H.C. Democracy and Religious Communities: The Riddle of Pluralism / *Democracy: Reality and Responsibility*. 2001. P. 372.

го себя. «Демократия сама по себе не предвяряет ценности и не порождает их. Она выступает посредником между ними»²². Институт выступает посредником, способствуя реализации подразумеваемых ценностей в те профессиональные области, которые являются однородными.

Таким образом, существование института не может быть принято в качестве самодостаточной целостности. Его однородные действия направлены исключительно на то, чтобы максимизировать его эффективность как средства. Однако за это приходится платить. Потому что институт как таковой зависит от внешних факторов и, попадая не в те руки или под влияние неправильных намерений, он может быть использован всеми видами неконтролируемых сил. Вот главная причина, по которой общественному учению католической церкви приходится подчеркивать, что «если не существует никакой конечной истины, которая ведет и направляет политическую деятельность, то и убеждения легко могут стать предметом манипуляций для завоевания власти. Демократия, не признающая ценностей, легко превращается в открытый или скрытый тоталитаризм, как о том свидетельствует история»²³. Следовательно, человеческая личность (наделенная личной верой, совестью, ценностями и убеждениями) находится в центре всей деятельности. Нет необходимости добавлять, что личная ответственность, имеющая характер морального обязательства и предрасположенности к переосмыслению (включающаяся в адаптации и реагирования на новые вызовы), является *непрерывным условием* этой схемы²⁴.

²² Zacher H.C. *Democracy: Common Questions / Democracy Reality and Responsibility*. 2001. P. 134.

²³ *Centesimus Annus*, 46. [Папа Иоанн Павел II «В сотую годовщину обнародования энциклики *Rerum novarum*. 1991.05.01].

²⁴ В этом контексте возникает следующее замечание: «Принцип демократии исключает господство любой власти — будь то вопрос права или факта — над другими. Тем не менее, сегодня демократия находится под угрозой гегемонии двух держав: средств массовой информации и судей. Необходимо обдумать определение параметров, пределов и компетенции каждой из них» (Rémond R. *Democracy*. 1998. P. 49). Потому что не только «роль конституционных судов [...] отвечает данным проблемам. Их демократическая легитимация, как правило, менее очевидна, чем демократическая легитимация парламента [...]. Она зависит в значительной степени от той уверенности, с которой конституционные суды основывают свои решения на конституции, если решения, с которыми они выступают против авторитета законодательной власти или правительства, не компрометируют демократию или сам конституционный суд». (Zacher H.F. *Democracy*. 1998. P. 127).

(Искусственность и антитетическое развитие в праве) С такой чуткостью подходить к разрешению правовых дилемм, мы видим, что в силу присущей полярности, вытекающей из обостренного правового формализма, развитие правовой мысли (как в судебной практике, так и в юридической науке), часто происходит посредством генерирования (полагания) совершенно искусственных **антитетических понятий**, которые могут внезапно переключиться друг в друга. Например, конфликты между последователями Шаммая и Гиллеля в классическом еврейском праве или между прокулианцами и сабинианцами (последователями Лабеоны и Капитона, соответственно) в римском праве в равной степени иллюстрируют коллизию **формы и содержания** с упором на строгость, способствующую **привязанности к тексту**, то есть, к старым мертвым формулировкам, не имеющим связи с последствиями, с одной стороны, и **жизнеспособность** всего механизма регулирования, направленного на реализацию изначально поставленных целей, с другой стороны²⁵. Более того, еще один пример из недавнего трагического прошлого Европы XX в. — противостояние Ганса Кельзена и Карла Шмитта во время Веймарского кризиса (если не переименовывать их позиции под влиянием внешних ограничений) — также может быть истолковано либо как (в равной степени опасная в своей исключительности) чистая **формальная процедура**, обосновывающая любой результат (возможно, даже уничтожающий малейший шанс на прогресс нации) с самого начала, либо как **субстанциальность**, требующая окончательного суверенного решения, ожидания которой сводятся к достижению главной цели в конечном итоге²⁶. Условное принятие формальных требований права при вынесении решения во имя права, — иными словами, обоснование процедурно определенных путей и предметно определенных выводов исключительно в зависимости от их пригодности для достижения истинной цели (в стремлении к взаимному удовлетворению интересов вместо односторонней исключительности), — есть ни что иное, как новое направление в

²⁵ Помимо прочего, см.: Perelman Ch. Legal Ontology and Legal Reasoning // *Israel Law Review*. 1981. № 16 (3), P. 356–367; Stein P. Logic and Experience in Roman and Common Law // *Boston University Law Review*. 1979. № 59 (3). P. 433–451 (reprinted in *Comparative Legal Cultures* ed. Varga Cs. (1992), P. 363–374 and P. 333–351.

²⁶ Varga Cs. Подводные камни правового позитивизма.

истории правовой мысли²⁷. Это то, что представляет собой применение любой нормы в контексте взвешивания благ, нуждающихся в защите, и целей, которых необходимо достичь — как говорил Иисус Христос, возражая против фарисейского толкования правил субботы: «Темже достоит в субботы добро творити»²⁸.

Драматическое «перешагивание» через самого себя, пережитое Густавом Радбрухом — пришедшего на руинах Третьего рейха к пониманию, что его прежняя преданность идее стабильности права (вместе с идеей предсказуемости права) может разрушить основную потребность в справедливости, более того, она может оставить вред, нанесенный очевидной несправедливостью, невозмещенным или невозместимым — послужило наглядным доказательством для него и для всех, что любая односторонность (вне зависимости от того, насколько вечными и гарантированными могут показаться принципы человеческого общежития, о которых идет речь) может оказать разрушительное влияние на право. Очевидно, что решение сводится не к метанию между крайностями, а к обращению к древней римской мудрости. То есть, восприятие права и как ремесла, и как искусства, или «*ars*» ставит право с самого начала в положение равновесия, в котором все вопросы «откуда?» и «согласно каким

²⁷ Именно к взаимному балансированию, например, стремятся современные литовские ученые, критикующие фактическое направление, выбранное в рамках текущего движения к верховенству права. Это балансирование выражается в предварительном принятии социальной солидарности и тем, что также следует выразить в технической однородности права — балансе между *ius* [право] и *lex* [закон], с одной стороны, и правами и обязанностями, с другой. Такому балансированию следует относиться как к обязательному условию права и порядка в условиях верховенства права (Varga Cs. Rule of Law between the Scylla of Patterns and the Charybdis of Realisations (The Experience of Lithuania) // *Acta Juridica Hungarica*. 2005. № 46 (1–2). P. 10–29. URL: <https://drcsabavarga.wordpress.com/tag/lithuania/>).

Инструкции, данные на этот счет Папой, тоже довольно ясны. «Каждому из прав корреспондирует обязанность, и мы говорим об обязанностях с той же силой и ясностью, потому что наделение прав господствующим значением по сравнению с обязанностями вызвало бы дисбаланс, который вредоносно отразился бы на общественной жизни. Необходимо помнить о том, что взаимодействие прав и обязанностей существенно важно; одно порождает другое, и наоборот». Или «У каждого индивида есть обязанность осуществлять свои права ответственно и этически оправданно». Так Папа Павел заявил в 11 апреля 1976 г. (*Message of the Holy Father Paul VI for the 1976 World Social Communications Day*: URL: http://w2.vatican.va/content/paul-vi/en/messages/communications/documents/hf_p-vi_mes_19760411_x-com-day.html). 2 декабря 1978 его поддержал Папа Иоанн Павел II (*Message for the 30th anniversary of the Universal Declaration of Human Rights*: URL: http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/en/speeches/1978/documents/hf_jp-ii_spe_19781202_segretario-onu.html).

²⁸ Евангелие от Матфея 12:12.

стандартам?», призванные **давать** толчок рассуждению, равно как и вопросы «куда?» и «приходя к какому результату?» призванные **направлять** это рассуждение, имеют взаимодополняющее и равное значение²⁹. В конце концов, рассуждение, взявшее откуда-то начало, должно получить направление с осмысленной и постоянно переосмысляемой позиции.

Фактически, осознание истинного значения юридической техники в праве может помочь нам понять, все чаще в повседневной практике как такое непрерывное посредничество, размышление и балансирование по поводу различных аспектов, ценностей и интересов на уровне всех видов институциональных операций (присущего им стремления к отчуждению) служит потребностям человека, семьи и нации, строя общий дом человеческого сообщества.

²⁹ Varga Cs. Doctrine and Technique in Law // *Iustum Aequum Salutare*. 2008. № IV (1). P. 23–37: URL: <https://ppke.academia.edu/CVARGA>.

«Право» или «нечто более или менее правовое»? (антропологические рассуждения о том, что есть право)

1. Право как взаимоотношение

В правовой культуре Греции справедливость, актуализированная применительно к конкретным делам, называлась *dikaion* и была заложена в основу понятия *ius* в Риме¹. Произшедшая во время правления Юстиниана в связи с данной традицией смена индивидуальной деятельности юрисконсультов и преторов на жестко кодифицированную судебную практику была довольно радикальной. Но еще более радикальным был переход от христианских учений на Западе, случившийся под влиянием назидательных писаний евангелистов и тщательно продуманной *Исповеди* Святого Августина, благодаря которому смогла появиться *Сумма Теологии* Святого Фомы. Последняя стала воплощением идеи установления системы мысли аксиоматического характера, которая уподобляла *геометрии* попытки научного обоснования социальных и моральных идей и выдвигала претензию на причинно-следственную обусловленность, вытекающую из некоторой абстрактной внутренней необходимости или логики системы — что позднее обрело более подробное обоснование в работах Гроция, Гоббса, Спинозы и Лейбница².

Иудаизм в форме *талмудизма*, православное христианство в форме богословской традиции, ислам в форме обрядов, вытекающих один из другого в соответствии с различными интерпретациями — как в религиозном мышлении, так и в праве: все эти течения следовали образцу, тяготеющему к генерализации, но не предпринимающему шагов к дедуктивному установлению системы. Установление норм в их рамках всегда было встроено в индуктивный контекст: нормы призваны были руководить, но не формировать образ мысли. Обязывающая сила подобной ментальной традиции может быть хорошо проиллюстрирована

¹ Villey M. Questions de logique juridique dans l'histoire de la philosophie du droit // *Logique et Analyse*. 1967. № 37. P. 11.

² Varga Cs. Law and its Approach as a System // *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae*. 1979. XXI. № 3–4. P. 295–319 (URL: http://www.ittig.cnr.it/EditoriaServizi/AttivitaEditoriale/InformaticaEDiritto/1981_02-03_177-199_Varga.pdf), section 3.

на примере Китая. Китайское мировоззрение не прекратило колебания между традициями древности и европейским образом мышления даже во время социалистической революции; китайцы разорвали связь с традициями в период, когда — на основе влияния советско-китайских отношений — восприятие иностранных образцов могло доминировать над внутренним развитием³.

«Абстрактные правила» могут быть рассмотрены только в качестве характерной западной «народной категории права»⁴ в контексте современного формального права. Потому что именно на этой стадии современная государственность закладывает основы бюрократически организованной и эффективной системы правовых институтов. Что касается критерия образования права, таковым является **формальная действительность** (придание правового качества результату определенных процедур определенных государственных органов, но не по критерию содержания); что касается критерия правового функционирования, им является **формальная легальность** (придание правового качества источникам как результатам определенных процедур на основе правил, закрепленных определенными государственными органами, но не по критерию содержания или социальной справедливости дела). В таком контексте в духе формальной рационализации формализация доводится до крайности, при которой право просто сводится к правилам и их действию, и концепция юридического мира, постулирующая такие критерии, подобная идеология юридической профессии, также институционализируются. В современном формальном праве система правоприменения (то есть постулированное требование достижения социальных целей посредством исполнения правовых установлений) по необходимости развивает внутренние несоответствия (то есть несоответствия между требованиями системы и их реализацией на практике) и дисфункции (то есть следствия, противодействующие и даже наносящие ущерб ценности ожидаемых социальных эффектов)⁵.

Очевидно, неоправданным является обращение к иностранным культурам в поисках черт некоторого (правового) идеала, поскольку

³ Varga Cs. Codification as a Socio-historical Phenomenon, 2011.

⁴ Pospíšil L. Anthropology of Law: A Comparative Theory. New York: Harper and Row, 1971. P. 20.

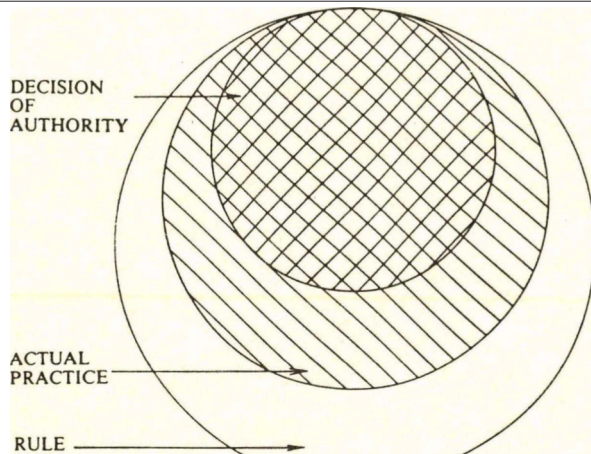
⁵ Varga Cs. Towards the Ontological Foundation of Law (Some Theses on the Basis of Lukács' Ontology) / Filosofía del Derecho y Problemas de Filosofía Social X, coord. José Luis Curiel B. / México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1984. P. 203–216 [Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G, Estudios doctrinales, 81] & URL: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1051/20.pdf>>.

и культуры, и идеалы являются особыми продуктами конкретного общественного и исторического развития. Это, однако, не является поводом для другой поляризации, например, для изысканий Поспишила⁶ о том, состоит ли право из «абстрактных правил», «выводов из реального поведения» или «принципов, поддержанных юридическими решениями». Существует согласие по поводу того, что реальное поведение должно рассматриваться в качестве чистой фактичности, а не права. Но если юридические решения есть ни что иное, как властные заявления, не проводящие различия между *сущим* и *должным*, они также являются примерами чистой фактичности, которые только произвольно могут считаться юридическими решениями.

В результате возникает вопрос: в чем заключается нормативность? Если она кроется в общественной оценке или в том влиянии, которое общественная оценка с определенной регулярностью оказывает на практику, обозначаемую как ее сущность, то мы полностью полагаемся на факты как предметы исследования. Наделение некоторых действий или институтов качеством «правовых» приводит к теоретической редукции, ибо мы не приходим к ответу по существу, а откладываем решение самой проблемы. Выбрав любое решение, мы полагаемся на факты так, чтобы можно было вывести оценку или применить регулирование, делающее возможной институционализацию или отчасти заменяющее / способное заменить институциональную систему, не будучи само по себе формализованным и институционализированным.

По моему мнению, к случаю с сообществами, отождествляющими право с правилами, может быть применена идеологическая концепция права, которая понимает границы права в качестве разграничивающих одну область, охватываемую **правовым регулированием**, и две области, охватываемые **властными решениями**, объединяющими соответственно право и **реальное поведение** как сферы, каким-то образом связанные с первой. Это является проблемой идеологии институциональной системы и профессии, призванной к обеспечению ее деятельности, в этом отражается правовой идеал. Теоретически, понимание такого идеала невозможно, но на практике — благодаря более всеохватывающим определениям, преобладающим в жизни — чаще всего материализуются только его приблизительные значения. Таким образом, в сообществах, отождествляющих право с правилами, нормы, установленные и зафиксированные в заданном виде, являются преобладающими механизмами правовой нормативности (Фигура 1).

⁶ Pospíšil L., chapter 2.



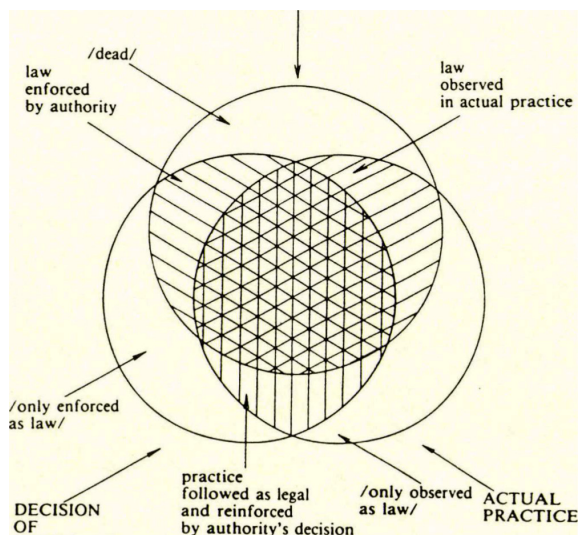
Фигура 1. Идеологическая концепция права
Сверху вниз на рисунке:
властное решение, существующая практика, правило

Разрешение конфликтов играет решающую роль в существовании права. Не просто потому, что оно объединяет все общественные силы, но потому что оно служит практической проверкой того, является ли обозначенный механизм реальным механизмом нормативности. Можно задуматься, а что если в области, охватываемой правом, конфликтов нет; если конфликт не поддается юридическому решению; или если решение отклоняется от правил, отождествляемых с правом? Будет ли надлежащим решением выведение всех подобных случаев за пределы правовой сферы для того, чтобы добиться желаемого эффекта? Конечно, нет. И более того, совсем необязательно, что практика, отклоняющаяся от правила, будет рассматриваться обществом в качестве правовой; может даже оказаться, что властный орган принимает решение, относящееся к подобной практике, но это решение, поскольку оно идет вразрез с существующей практикой, будет считаться произвольным, не вытекающим из правила.

В том, что касается *онтологического существования*, право представляет собой комплексный феномен, состоящий из взаимоотношений, интерпретаций и временных разграничений, то есть из комплексного движения, сочетающего в себе по крайней мере три фактора: **правило, властное решение и реальное поведение**. В любом случае, право не является гомогенным или статически идентичным самому себе феноменом. Но даже со *статической* перспективы, оно может быть усилено или

«Право» или «нечто более или менее правовое»?
(антропологические рассуждения о том, что есть право)

ослаблено, а следовательно, ему в той или иной степени может быть придано качество «правового» за счет переплетения или разделения его компонентов, поскольку — если посмотреть с позиции онтологии — феномен, существующий в силу своей предписывающей природы и принудительной поддержки со стороны государства (поддержки, применяемой во имя права и в итоге принимаемой обществом), очевидно будет «более правовым». Соответственно, чем более полно феномен охватывает эти три компонента, тем более полно он будет демонстрировать черты права. В то же время право есть *динамический* фактор реальности; его компоненты реагируют на внешние изменения по-разному, и это также вносит перемены во внутренние его акценты. В итоге, с одной стороны, этот подход минует опасность замещения одного упрощения другим: редукцию к правилам — редукцией к конфликтам. С другой стороны, рассматриваемый подход подчеркивает, что правило не является ни *обязательным*, ни случайным элементом права. Его наличие в качестве части феномена, называемого «правом», не может измениться. (Фигура 2).



Фигура 2. Онтологическая концепция права

Картинка слева направо сверху вниз:
верхняя строка — властно установленное право, /мертвое/,
соблюдаемое в реальной практике право;
нижняя строка — /лишь реализуемое в качестве права/, решение, признанная
правовой практика, подкрепленная решением властного органа, /практика,
рассматриваемая в качестве права/, существующая практика.

2. Право как социальная функция

«И у государств, и у вождей есть наиболее необходимая составляющая права, центральная власть, которая может создавать правила поведения, наделять их юридической силой и судить за их нарушение».⁷ Можно, однако, возразить, что простое отождествление может привести лишь к мнимой историчности, отрицающей факты цивилизационного развития, происходившего в течение нескольких тысячелетий. Я только повторяю то, что Энгельс писал по поводу идеи материнского права, описываемой Бахофеном «в интересах краткости я сохраняю это обозначение; но оно неудачно, так как на этой ступени развития общества еще нельзя говорить о праве в юридическом смысле».⁸

Тем не менее, как теоретический анализ, так и концептуальная классификация должны хотя бы сделать попытку определения права с перспективы социального функционирования. Давая свободу социологическим и антропологическим идеям, я предлагаю сделать заключение, исходя из следующих критериев:

(1) **право есть глобальный феномен, интегрирующий общество как целое.** В соответствии с этим принципом, преступные организации (мафия или *Cosa Nostra*), экономические ассоциации (гильдии), тайные общества (религиозные или политические: ранние христиане, гарибальдисты) и иные, подобные клубам или партиям, организации выпадают из области права, поскольку общество территориально организовано. В том случае, если общественная организация все же является персональной, основаниями для разделения являются либо то, что данная организация исключительна, либо то, что она теоретически делает все на основе категорий личности. Следующее рассуждение делает заключение о том, что

(2) **право есть феномен, разрешающий фундаментальные конфликты интересов,** возникающие в социальной практике. Ожидается, что право должно регулировать отношения, играющие достаточно важную роль для того, чтобы заложить основы интеграции общества (например, очерчивая его границы). Можно сказать,

⁷ Service E.R. *Origins of the State and Civilization: The Process of Cultural Evolution*. New York: Norton, 1975. P. 90.

⁸ «Recht im juristischen Sinne» / Engels F. *The Origin of the Family, Private Property and the State* [1884] / Marx K., Engels F. *Selected Works in one volume*. London: Lawrence and Wishart, 1968. P. 476. [Энгельс Ф. Происхождение семьи, частной собственности и государства / Маркс К., Энгельс Ф. Избранные произведения: в 3-х т. Т. 3. М.: Политиздат, 1986. С. 17–18.]

что в развитии городов Европы именно гильдии осуществляли регулирование в том случае, если они приобретали универсальность, распространяющуюся на все общество. Если же правила остаются ограниченными частью отношений (жизнь в гильдии или порядок внешних отношений, относящихся к деятельности гильдии), они в лучшем случае могли быть рассмотрены в качестве системы правил, интегрированных в право или параллельных ему, но, в любом случае, это будут правила другого вида — не юридические правила. В переходные периоды (во времена распада государственно-организованного властного механизма) политические ассоциации и партии могут стать главными регулирующими силами общества, заполняющими возникший вакуум. Может оказаться, что самоорганизуясь в самостоятельные сообщества, религиозные сообщества, характеризующиеся свойственными сектам претензиями на исключительность и имеющие целью утверждение своих собственных требований, касающихся всех сфер жизни, используют свою собственную систему норм в качестве правовой. Такие попытки проделывались, например, коммунами квакеров, как в виде отделения от цивилизации (как в случае с британскими эмигрантами XVIII–XIX вв.), так и в виде обособления внутри цивилизации (как в случае переселения в Америку в XIX–XX вв.). Наконец,

(3) право есть феномен, **обладающий высшей регулирующей и воздействующей силой** в данном обществе. Когда в обществе действует несколько нормативных систем, система права — это та система, к чьей процедуре, в конечном итоге, можно прибегнуть в ситуациях конфликта в целях принятия наиболее действенного окончательного решения. Довольно естественным является то, что процедурная эффективность не может устанавливаться в чистой и непосредственно правовой форме.

В результате появляется несколько вопросов. Например, вытекает ли правовой характер права Эстонской ССР или Техаса из верховенства права СССР или США соответственно? Как следует интерпретировать верховенство национальной правоприменительной процедуры, если есть прямая отсылка к компетенции международных правоприменительных органов, например, в делах о защите прав человека? Что будет, если преступные организации, тайные общества, политические или религиозные организации попытаются достичь принятия их требований, предотвращая при помощи принуждения (например, путем убийств) рассмотрение их конфликтов органами внешней власти?

Важность всех вышеизложенных суждений должна быть воспринята с учетом того, что они являются взаимно подкрепляющими компонентами единой группы. Ведь чем более полно они заявляются, тем более вероятной становится возможность рассуждения о праве с точки зрения как социологии, так и антропологии.

Отклоняющиеся случаи, однако, могут быть обнаружены не только в прошлом, они проявляются и в более позднее время. Так, каким образом следует интерпретировать пример, приведенный Ойгеном Эрлихом, относящийся к обычному праву галисийских этнических групп XIX–XX вв.? Их опыт, подкрепленный вековыми традициями, воспроизводится в виде присущей сообществу всесторонней, фундаментальной и верховной системы регулирования. Благодаря отсутствию у суверенной власти силы или интереса, несмотря на факт политического господства государства над данными этническими группами, их жизнь осталась незатронутой реорганизацией, основанной на праве, установленном суверенной властью. Следовательно, если в Черновцах Эрлих — ученый, который своим трудом *«Основоположение социологии права»* (1913) заложил фундамент данного направления — мог установить применение Австрийского гражданского уложения судами Австро-Венгерской монархии вдали от городских центров, то этого было недостаточно, по Эрлиху, чтобы отбросить традиционные механизмы, имеющие значение действующей правовой регулирующей силой сообществ численностью в несколько сотен человек.

Что можно думать о суверенной власти, исполняющей фиктивное правило, деятельность которой сводится к изданию законов, лишенных связи с реальностью? Например, в Эфиопии со времен каменного века существуют племена, чья жизнь остается нетронутой чем-то, похожим на государственную власть. Более того, вследствие примитивной природы учрежденной государственной власти, неграмотности населения и разделения населения по религиозному и этническому принципу, правовые реформы последнего императора этой страны показали свою эффективность лишь в столице. Могло ли обнародование Гражданского кодекса, введенного императором, отменить правовой характер племенного права, имевшего преобладающее значение в течение тысяч лет? Или, наоборот, могло ли сохранение подобного обычного права предотвратить приобретение Гражданским кодексом статуса закона в Аддис-Абебе?

Как следует понимать цыган, считающих себя частью собственного общества, игнорирующих государственно-организованное право и от-

казывающихся признавать себя его субъектами, поскольку в их сообществе есть собственный судья-воевода, который сам отправляет правосудие, налагая на них наказания? С позиции любого государственно-организованного права, вопрос о том, может ли вообще существовать такая вещь, как цыганское право, не имеет никакого значения.

Иногда речь может идти о чем-то большем, то есть о такой степени сознательного сепаратизма, при которой, например, группы общества, обладающие революционным сознанием, не просто стремятся избежать государственного права, но понимают его лишь как случайный феномен своего окружения, угрожающий им также, как и любой другой фактор окружающей среды: чтобы жить, они должны принимать его во внимание, но не уделяя ему больше личного отношения и поддержки, чем, скажем, законам физики.

Что касается военной оккупации, как следует оценивать ее результат, если она сталкивается с деятельностью мощных партизанских общин, оказывающих такое давление на все население, что люди, испытывая отвращение к сотрудничеству с оккупантами, в конечном счете не будут полагаться (даже в самых насущных вопросах) на административный аппарат их властных органов (как это было в Украине или Сербии во время Второй мировой войны)?

Антропологический подход к праву пытается «схватить» суть феномена «права», рассматривая каждую социальную общность как имеющую открытую возможность участия в конкурсе создания / скрепления общества путем обеспечения верховенства в обществе системы регулирования этой общности.

3. Заключение

Итак, если в итоге мы приходим к выводу, что писанный нормативный текст, заверенный печатью «юридичности», результаты правоприменительной практики государственного органа, осуществляемой во имя закона с определенным постоянством, а также практика сообществ, получившая значение правовой, должны квалифицироваться как жизнеспособные формы проявления права, мы приходим к правовой концепции, которая основана на взаимодействии различных сторон общественной жизни и предполагает непрерывный динамизм. Ее отличительная особенность заключается в свойственной ей поистине эвристической природе: нет формального определения тому, какая структура может называться «чисто правовой», как нет четкого определения, отграничивающего некую социальную сферу от не-правовой сферы.

Изначально собственно «правовым» является продукт взаимодействий в сложном процессе. В этом плане именно из взаимно усиливающих / ослабляющих действий чего-то «более» и «менее» правового может развиваться нечто, присущее центральному феномену — нечто, воплощающее то, что, в конечном счете, будет в данном месте и времени считаться «самым» правовым или «преимущественно» правовым.

Помимо предполагаемых теоретических последствий, такой вывод может оказать влияние на действия правовой политики. Например, в случае использования права в качестве инструмента социальных изменений, в запасе есть альтернативная стратегия законодательства, а именно, инициирование / провоцирование социальных изменений через воздействие либо на практику признания права, либо на общинные / индивидуальные способы его применения.

Право и язык? Право как язык?

Об окончательном единстве онтологии и эпистемологии

Право и язык? Кроме очевидного проявления правовых категорий в форме языковых понятий на протяжении веков не возникало вопроса о том, что в самой этой связи кроется извечная проблема философии права, связанная с сущностью права, осмыслением его природы и механизма его действия. Иначе говоря, эта связь отчасти является ключом к онтологии и эпистемологии права. Ведь до недавнего времени мы воспринимали как само собой разумеющееся, что подобно тому, как входе материального производства продукты промышленности или сельского хозяйства получают вполне конкретное физическое воплощение, продукты духовного производства также имеют некий носитель. Такое воплощение есть не что иное, как своего рода символизм, а точнее — идеализированная проекция данного продукта в виде постоянного символа, знака. Однако, если к концу XIX в. умы мыслителей занимал вопрос о том, что же вообще означает материальность бытия, спустя еще полвека уже сам этот символизм, а точнее, искусственная логика выражения и самовыражения¹, сам языковой аспект юриспруденции превратился в источник проблемы (и одновременно стал обоснованием нового способа видения права)².

Не могу не вспомнить, что полвека назад моя идея об изучении взаимосвязей (взаимного пересечения и/или разграничения) права, логики и лингвистических средств выражения была отвергнута руководителем кафедры, — полностью поддерживавшим меня в течение всего обучения в университете, равно как и выступавшим в мои академические годы моим научным руководителем, имеющим непоколебимый международный авторитет и признанием в мире, — как опасная в той внутритропической ситуации идеологическая

¹ Susanne Langer *Philosophy in a New Key A Study in the Symbolism of Reason, Rite and Art*, 3rd ed. (Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1942) xx + 313.

² Varga *The Paradigms...* (2012).

или политическая авантюра, единственной целью, тайной миссией и далеко идущим последствием которой было (если угодно, неизбежное) отрицание ленинской теории как отражения марксистского учения³. Еще четверть века назад в Венгрии новаторским считалось само мое заявление о научной значимости отношений «права и языка»⁴. За этой идеей последовала попытка провести исследование в прикладной области правоведения с целью — при всей серьезности подхода к развивавшейся веками профессиональной деонтологии как к отправной точке собственного кредо — проследить, каким образом в практике правоприменения нормативный и фактический аспекты вытекают из всех своих предпосылок, в том числе из прошедших многократную трансформацию текстов и более или менее успешной реконструкции фактов по воспоминаниям об имевших место событиях, также закрепленной в виде текста и многократно подвергнутой трансформации. Речь идет о конкретизированном правоприменителем для отдельного случая, индивидуальном варианте закрепленного в текстовой форме (позитивированного) права как совокупности общих (абстрактных) нормативных постулатов, с одной стороны, и так называемых фактических обстоятельствах дела, установленных правоприменителем на основе доказательств и также закрепленных в форме текста, с другой стороны. Иными словами, это два компонента, задействованные в судебном разбирательстве строго на основе процессуальных правил и потому гарантированно выполняющие роль формальной базы.

Проведенный анализ вскоре привел к констатации: все это не более чем искусственные социальные конструкты⁵, которые, несмотря на последовательное обезличивание формализованными процессами, обусловлены личной ответственностью человека, принимающего решения. В частности, выражаемые таким образом убеждения заключают в себе толкование, мировоззрение, призвание, целесообразность, практичность — т.е. всю полноту человеческой сущности во всем многообразии свойств и способностей человека, включая, по-

³ Varga Útkeresés (2001), 4–18.

⁴ Csaba Varga 'Law and its Approach as a System' *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae* 21 (1979) 3–4, 295–319 & [re-print] *Informatica e Diritto* [Firenze] VII (1981) 2–3, 177–199 & URL: <http://www.ittig.cnr.it/EditoriaServizi/AttivitaEditoriale/InformaticaEDiritto/1981_02-03_177-199_Varga.pdf> & <<http://vlex.it/vid/law-and-its-approach-system-469945>>

⁵ «künstliche menschliche Konstruktion» (Georg Klaus. *Einführung in die formale Logic* (Berlin: VEB Deutscher Verlag der Wissenschaften, 1959) xii + 403, 72).

мимо разума, еще и эмоциональную культуру, интуицию, восприимчивость к мистическим влияниям и т.п., во всех их проявлениях. И наконец, сравнительное изучение правовых культур привело меня к убеждению, что правовой компаративизм как движение, в конечном счете, не является (не был и не мог быть) ничем иным, как перспективой, которая выросла из культур, практикующих юридический позитивизм на основе экзегетики, и в какой-то степени ослабляет добровольную замкнутость национальных правовых систем, все более затрудняющую научный подход в правоведении, либо, по крайней мере, указывает пути временного решения проблемы. В силу вышесказанного эта перспектива получила развитие, в первую очередь, во Франции, проявляющей интерес к такой самоизоляции.

Высшим достижением этого подхода является (и являлось) то, что в условиях различающихся правовых систем он, (1) в первую очередь, на уровне языка позитивного права является обращением к глубоким отличиям, пролегающим на уровне (2) языка правовых решений и языков, прежде всего, (3) основополагающей юридической догматики, а также (4) подкрепляющей ее юриспруденции, слабым и многократно опосредованным проявлением которых является язык позитивного права. Таким образом, этот подход оправдан, в первую очередь, там, где в рамках правоведения его понимают исключительно как позитивное право, то есть с учетом всего пути развития от Римской империи до современной континентальной Европы, понятие *ius* [право] сводится к понятию *lex* [закон] в его текущем смысле, а затем идеологизируется и реализуется в этом виде без каких-либо инструментов, способных придать праву и выражающему его языку смысл и создать для него экспликативный контекст, иначе называемый правовой культурой⁶.

Что же мы имеем ввиду, говоря о праве и языке права?

В свое время (когда часть Литвы входила в Польшу) профессор Вроблевский, занимавший пост ректора Вильнюсского университета, отец недавно умершего философа-правоведа из Лодзи, выделил четыре слоя языка права. Они представляют собой онтологические единицы, в которых более или менее достоверно, с большей или меньшей степенью исключительности, проявляется само право. Согласно этой системе существуют следующие уровни: (1) язык позитивации права; (2) язык государственно-правового принуждения;

⁶ Varga *Comparative Legal Cultures* (2012).

(3) язык юридической догматики и (4) язык юриспруденции⁷. Первые два из них более или менее соответствуют классификации американского юриста Паунда, разграничивающего *law in books* [закон в книгах] и *law in action* [закон в действии]⁸, что отражает специфику американского правопонимания, занятого поиском собственного пути между гражданским правом континентальной Европы и англосаксонским прецедентным общим правом. В связи с этим первая категория может быть связана не только с законодательством, но и с любым посредником, к которому в правовой практике относятся как к заслуживающему доверия источнику (каким может быть, например, комментарий, помогающий ориентироваться в многообразии правовой практики). Как бы там ни было, первая из вышеупомянутых категорий символизирует правовое постоянство в его текущем фактическом проявлении, а вторая — актуальное состояние, результат, применимый (или примененный) к конкретной ситуации, который, будучи решающим и заключительным словом в конкретном деле, может в то же время являться лишь незначительным моментом в контексте общего процесса правотворчества.

Однако в этой классификации из четырех компонентов отсутствует диффузный элемент, который в вопросе «Что есть право?» выполнял бы, наряду с толкованием права как позитивного права и формы государственно-административного принуждения, роль реального социального контекста, образующего рамки и выступил бы как несущий фундамент права, т.е. делающего его тем, что общество принимает в качестве права⁹.

Все это свидетельствует о том, что любая форма существования и любой аспект существования права изначально имеет языковое выражение.

Что же в человеческом бытии является *par excellence* социальным? То, что проявляется исключительно как взаимодействие между людьми и возникает как продукт их коммуникации. Именно то, что после признания наших практических потребностей создается человеческим духом в ходе коммуникации как коллективной практики. Фактическим

⁷ Bronisław Wróblewski *Język prawny i prawniczy* (Kraków 1948) v + 184 [Polska Akademia Umiejętności: Prace Komisji Prawniczej 3].

⁸ Roscoe Pound 'Law in Books and Law in Action' *American Law Review* 44 (1910) 1, 12–36.

⁹ Csaba Varga 'Anthropological Jurisprudence? Leopold Pospíšil and the Comparative Study of Legal Cultures' in *Law in East and West On the Occasion of the 30th Anniversary of the Institute of Comparative Law*, Waseda University (Tokyo: Waseda University Press 1988), 265–285.

результатом этого сотрудничества является не что иное, как собственно общественное согласие. Такие общественные договоренности ведут к институциональности, простое обращение к которой (в виде осознания ее существования, упоминания о ней или ссылки на нее) может направить действие в уже существующие — и до некоторой степени регулируемые — каналы (рамки). Это не может произойти иначе как в результате совместного влияния сложных психологических, коммуникативных и интеллектуальных процессов. При этом не следует искать здесь чего-то особенного, ведь речь идет об общественном опыте как таковом: он далеко не всегда и не обязательно является осознанным, а совершается обыденно и большей частью по привычке, простым повторением заученных способов действия¹⁰.

Тем не менее, язык в этом процессе не только функционирует как незаменимый инструмент, но также служит накопителем памяти прежнего опыта и материальным носителем зарождающихся сегодня идей, являясь по-настоящему созидающей силой. Это тот случай, когда слово воистину становится делом (на это указывало уже первое конкретное описание¹¹), или, точнее, превращается в конструкт, трансформируется в социальное действие, если становится фактически востребованным или, по крайней мере, когда к нему обращаются для раскрытия смысла или посыла какого-либо социального действия. С позиций другого подхода можно сказать, что когда дело доходит до функционального описания наборов структур, существующих и функционирующих в виде и совокупностей ряда определяющих свойств онтологии общественного бытия, с учетом относительной автономизации — или от-дифференциации [*Ausdifferenzierung*], как ее в недавнем прошлом охарактеризовала системная «высокая теория»¹² — некоторых понятий (таких как экономика, политика, демография, теология и т.д., включая и автономизацию права). Общим знаменателем и нейтральной средой для всех этих понятий — каждого со своей миссией, точкой зрения, порогом чувствительности, действием и потребностью в жизненном

¹⁰ По Нийнитуто, «справедливости как цели можно достичь; проблема только в том, что мы так и не узнаем, когда же это произошло» (Ilka Niiniluoto 'Fallibilismist' *Sociologia* 11 (1974) 5–6, 275–286).

¹¹ J.L. Austin *How to do Things with Words* The William James Lectures delivered at Harvard University in 1955, ed. J.O. Urmson & Marina Sbisa (Oxford: Clarendon Press / Cambridge: Harvard University Press 1962) vii + 166.

¹² Niklas Luhmann *Ausdifferenzierung des Rechts*. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie (Frankfurt am Main: Suhrkamp 1999) 456.

пространстве — остался исключительно язык: инструмент, как бы не имеющий собственной цели, а предназначенный единственно для коммутации обслуживаемых им совокупностей, то есть для обеспечения внутренней связи или (в философском смысле) посредничества между ними.

Следовательно, создание чего-то, имеющего выраженную социальную природу, например, соглашения (процесс конвенционализации), может осуществляться исключительно языковыми средствами, поскольку предполагает обмен информацией между людьми, реализуемый посредством речевых актов. Сам по себе язык является для институциональной единицы не более чем созидающим ее объектом¹³, т.е. нейтральным инструментом и нейтральной средой. С одной стороны, язык, посредством и в поле которого создается и работает какой-либо институт, обладает т.н. слабой нормативностью. В самом деле, ведь — помимо сокращенного кода, имеющего символический характер, — язык нельзя назвать императивным; фактически, он просто выдвигает условия институционализации, или свободно выбираемого (либо не выбираемого) направления действия, в силу своей институциональной природы подкрепленного санкциями (гарантиями) или привилегиями (ограничениями)¹⁴. С другой стороны, социальность предполагает, кроме всего прочего, функционирование некой среды с высокой степенью нормативности, регулирующей направления, способы реализации и рамки всего процесса: это, собственно, и является правом. В данной онтологической реконструкции именно право составляет для общества в его совокупности исключительную коммуникативную среду — разумеется, наравне с языком, как одним из видов его применения. Это *per definitionem* означает, что право воплощает в себе некую обезличенность, в пределах которой его цель видится не в нем самом, а в прочих совокупностях, представляемых рассматриваемой средой. Следовательно, единственная собственная ценность права определяется ценностью инструментов, которые гарантируют его способность — за отсутствием какого-либо самостоя-

¹³ Susanne K. Langer 'Language and Thought' in *Language Awareness Readings for College Writers*, ed. Paul Eschholz, Alfred Rosa & Virginia Clark, 8th ed. (Boston: Bedford/St.Martin's 2000), 96–101 & URL: <<http://www.smartercarter.com/Essays/Langer, Susanne K. Language and Thought.pdf>>: «Сущность языка символична, но не знакова... Основным и главным продуктом языка является не социальный контроль, а понятие... Суть языка заключается в именовании».

¹⁴ Joachim Israel 'Is a Non-normative Social Science Possible?' *Acta Sociologica* (1972) 1, 69–89 & *The Language of Dialectics and the Dialectics of Language* (Copenhagen: Munksgaard 1979) xvii + 263.

тельного целеполагания — надежно и эффективно играть роль посредника в деле реализации ценностей, установленных для него извне (заданных представляемыми им совокупностями)¹⁵.

Уже на этом абстрактном, философском уровне из вышеизложенного можно сделать, по крайней мере, четыре вывода:

- во-первых, право — это посредник, который использует другого посредника для выполнения своей посреднической миссии;
- во-вторых, язык и право — как автономные посредники, не имеющие собственного целеполагания, — должны, адаптировав полученные извне ценности, перенести их в свою специфическую, от-дифференцированную [*ausdifferenziert*] систему, созданную и поддерживаемую путем определенной трансформации;
- в-третьих, поскольку задачей посредника является выражение ценностей опосредуемого понятия, в ходе этого процесса ценность самой опосредующей среды играет роль лишь постольку, поскольку эффективное выражение в ней (как в посреднике) ценности инструментов упомянутой выше адаптации и трансформации способствует адекватному выражению подлежащих опосредованию первоначальных (полученных извне) ценностей;
- в-четвертых, на философском уровне все вышесказанное подразумевает, что в конечном итоге право [*ius*] никогда не будет и не может быть сведено к *lex* [закону], поскольку право всегда указывает на явление, большее себя самого¹⁶.

Исходя из этого, право как язык является не более чем опосредованным элементом посреднической деятельности, т.е. исключительно чем-то, что существует лишь постольку, поскольку оно указывает на нечто другое, представляет нечто еще, иными словами, за неимением лучшего замещает нечто оригинальное и таким образом служит его символом.

Рассмотрим эту же проблематику с другой точки зрения: что представляет собой «то самое» право? Аналогично ли оно тому, что можно называть языком права?

¹⁵ Папа Римский Иоанн Павел II привлек внимание к тому, что положительный потенциал и/или ценность лозунгов и институтов общества определяются не ими самими, аисключительно тем, какое содержание они заключают себе. Csaba Varga 'Buts et moyens en droit' in *Giovanni Paolo II Le vie della giustizia: Itinerari per il terzo millennio* (Omaggio dei giuristi a Sua Santità nel XXV anno di pontificato) a cura di Aldo Loiodice & Massimo Vari (Roma: Bardi Editore & Libreria Editrice Vaticana 2003), 71–75.

¹⁶ Csaba Varga 'Rule of Law – At the Crossroads of Challenges' *Iustum, Aequum, Salutare I* (2005) 1–2, 73–88. o. & URL: <<http://ias.jak.ppke.hu/hir/ias/20051sz/20051.pdf>>.

Посредством дихотомизации аналитических понятий «сущность–явление», «содержание–форма» и др. германская философская традиция создает такие — не лишённые внутреннего смысла — автономные конструкты, которые позволяют, например, выполнять анализ языкового эквивалента любого действия (выполняющего в нем роль носителя либо выразителя) совместно с выступающими в такой же роли языковыми эквивалентами любых других действий; при этом возможность общего анализа обеспечена определенной степенью автономии, вытекающей из структурных и функциональных особенностей языка. Более того, например, за счет овеществления права в форме текста можно получить его материализованную версию, позволяющую провести своего рода сравнительное исследование по аналогии с тем, какое в материальном мире выполняет сравнительная анатомия. Такой редукционизм не является оправданным. Равно как неоправданно и приписывание какой-либо автономности так называемым «структурным» и «функциональным» аспектам какого бы то ни было языка — за исключением случаев их сознательного разделения в чисто аналитических рамках и интересах¹⁷. Ведь, в действительности, право представляет собой лингвистическую игру, доведенную до высоко интегрированного единства.

Что же подразумевается здесь под общей языковой базой? С одной стороны, мы имеем язык, на котором в заданном русле осуществляются мышление и обмен информацией; с другой стороны, наше выраженное языковыми средствами знание обладает набором понятий, организованным в виде ряда дискретных диапазонов и позволяющим нам толковать (описывать) определенные представления, заранее группируя их с другими представлениями и толкованиями, а также продолжать систематическое построение мысли от заданной отправной точки в заданном русле. Оба явления можно только с позиции намерения, т.е. не более чем на уровне тенденции, назвать отображением внешней или внутренней действительности. С точки зрения механизма, эта языковая база является нормативной, ибо она изначально определяет для нас рамки и структуру истолкования мира, тем самым одновременно приводя к единообразию и утверждая наше мышление на социальном уровне¹⁸.

¹⁷ Гилберт Райл уже указывал на несостоятельность концептуальной традиции Рене Декарта сего дуализмом «души» и «тела». Varga *The Paradigms...* (2012), § 4.3.

¹⁸ William E. Conklin *The Phenomenology of Modern Legal Discourse* (Aldershot, etc.: Dartmouth/Ashgate 1998) xii + 285 [Applied Legal Philosophy].

Здесь следует сделать краткий научно-исторический экскурс. Понимание того, что развитие науки осуществлялось в виде поэтапного изменения парадигмы, существует уже несколько десятилетий¹⁹, однако оно все же не проясняет действительных корней, а также внутренних пружин и архетипических направлений формирования нашей — казалось бы, научной — модели мира.

Здесь мы можем воспользоваться двумя простыми примерами. Мы понимаем, что наш родной язык представляет собой не просто случайно сложившийся набор случайных фонем, а первичную для человеческого бытия, уникальную и незаменимую ориентирующую среду, инструмент и накопитель опыта созерцания и познания мира для слабого существа, явившегося в этот мир из чрева матери. С другой стороны, нам также известно, что формирование понятий в системе координат человеческого познания является не просто историческим результатом абстрактного осмысления конкретного эмпирического опыта, а, по аналогии с предыдущим примером, совокупностью элементарных операций по освоению мира младенцем, начиная с его появления на свет — исходя из его собственной природы и доступными ему средствами²⁰. Точно так же у нас существовала и существует своего рода концепция осознания нами как действия сил природы, так и совместной социальной деятельности.

По мнению историков философии, результатом научной революции на рубеже XIX–XX вв. стало изменение подхода к познанию сначала в естественных, а затем и в общественных науках. Ньютоновская модель мира, опирающаяся на принцип причинности, предлагала механический способ объяснения явлений. На уровне подхода это означало своего рода линейность. Устройство мира основывалось на этом подходе или его усложненных вариантах. В рамках этого подхода, образно говоря, Господу Богу достаточно запустить шар, который, как первопричина, порождает череду последствий, создающих, подобно цепной реакции, дальнейшие последствия. Тем не менее, весь этот процесс происходит так, что моментальный срез, сделанный в любой его момент, отображает одно и то же прямое, однонаправленное движение, то есть вскрывает непосредственную

¹⁹ Thomas S. Kuhn *The Structure of Scientific Revolutions* [1955] 2nd ed. (Chicago: University of Chicago Press 1970) xii + 210 [International Encyclopedia of Unified Science: Foundations of the Unity of Science 2/2]

²⁰ George Lakoff *Cognitive Science and the Law* (1990) in URL: <<http://georgelakoff.files.wordpress.com/2011/04/cognitive-science-and-the-law-lakoff-1990s.pdf>>.

связь причины со следствием²¹. С появлением микрофизики эта картина мира пошатнулась. Как оказалось, все может происходить по правилам, но только само правило отсутствует. Из вероятностей, измеримых только средствами статистики, складываются процессы, дающие в целом вполне предсказуемый результат, и хотя на микроуровне они представляются хаотичными, с позиций макроситуации в них прослеживается упорядоченность.

В общественном знании, и особенно всего нормативно ориентированных областях, ньютоновской концепции причинности соответствует теологический образ Бога. Согласно религиозному учению, именно волей олицетворенного Бога был создан как сам мир, так и интегрированный в миропорядок закон (в сфере межчеловеческих отношений — в виде естественного права, признаваемого человеком и обязательного для исполнения). Нетрудно понять, что это порождает пирамиду с божественной волей на вершине, которая, расщепляясь на различные нормативные акты, спускается к основанию, где находится отдельный человек²². Это в точности повторяет логику канонического права, также делегирующего права вниз от первого вышестоящего лица для достижения устойчивого порядка на основе организованных в иерархическую структуру прав и обязанностей. Этот подход еще более усилил тенденцию, которая в развитии континентального европейского права привела к разграничению понятий *ius* (как правового идеала) и *lex* (как продукта позитивного права, закона). Затем это привело к тому, что содержательный аспект *ius* превратился в функцию формального компонента *lex*, проявлением чего стало официальное разделение функций правотворца как законодателя и правоприменителя как исполнителя. В итоге, отношение к праву стало напоминать отношение к проявлению Божьего промысла: его рассматривали как исключительный источник правовых отношений, а для расшифровки его смысла применяли различные экзегетические приемы, на основе которых сформировалась своеобразная герменевтика. Такая методология толкования

²¹ Применительно к праву этот подход, выражающий суть функционирования права как бесконечного делегирования власти [*auctoritas*], был реконструирован Кельзенем. Hans Kelsen *Reine Rechtslehre* Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik (Wien: Deuticke 1934) xiv + 236.

²² Werner Krawietz 'Die Lehre vom Stufenbau des Rechts – eine säkularisierte politische Theologie?' in *Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen* / hrsg. Werner Krawietz, Helmut Schelsky (Berlin: Duncker & Humblot 1984), 255–271 [Rechtstheorie Beiheft 5].

права повторяла библейско-теологический подход²³, пытаясь на основе единственного источника, посредством извлечения придать смысл императивным (авторитарным) попыткам объяснения и, одновременно, коррекции картины мира.

С преодолением этой методологии в пользу подхода, более характерного для современной естественнонаучной философии, система норм и основанный на ней порядок воспринимается уже не в виде вертикальных — ступенчатых, распределяемых сверху вниз — полномочий и делегирования власти, а продукт их функционирования видится уже не в «механическом» следовании им либо — в случае отказа следовать им — в наложении санкций, заранее предусмотренных этими нормами. Теперь в непрерывном и хаотичном движении живой, динамичной общественной совокупности усматривается кажущаяся анархичной «все-общность» и замечаются время от времени возникающие из ее кипящего котла — то усиливающиеся, то ослабевающие — нормативные элементы, которые могут участвовать в формировании самых разнообразных мотивов в повседневной жизни, а также становиться базой для аргументации и источником для ссылок при обосновании предпринятых шагов или планируемых мер в процессах и процедурах, совершаемых под эгидой закона²⁴. Это является источником реконструкции правовой системы Европейского Союза типа «порядок из хаоса», элементы которой все более отчетливо просматриваются и во внутреннем праве отдельных стран Западной Европы и Атлантики.

²³ Julius Kraft 'Über das methodische Verhältnis der Jurisprudenz zur Theologie' *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* [Brno] 3–4 (1929), 52–56.

²⁴ Этот первый шаг со времен Коперника был сделал культурной антропологией, зародившейся в США. Сэлли Мур пишет: «создание правил, социального и символического порядков является продуктом человеческого действия, управляемого лишь с помощью манипуляции, обхода, переделки, переноса, замещения и изменения правил и правил — во всем этом люди задействованы практически равномерно» (Sally Falk Moore *Law as Process An Anthropological Approach* (London: Routledge & Kegan Paul 1978) vi + 270, 1). Высказывается мнение о том, что «сущность человеческой жизни заключается не в следовании правилам и не в получении вознаграждения за добродетель, а в наиболее правильном использовании правил в своих собственных интересах, в зависимости от ситуации... В большинстве современных теорий правила рассматриваются как двусмысленные, гибкие, противоречивые и непоследовательные: о них редко говорят как о том, что управляет действиями людей, и еще менее о том, что люди воспринимают эти правила как модели для своего поведения. Наоборот, правила служат в качестве ресурсов для стратегий людей — стратегий, которые варьируются в зависимости от личности и от ситуации... Порядок никогда не является завершенным и не может быть таковым» (Robert B. Edgerton *Rules, Exceptions, and Social Order* (Los Angeles: University of California Press 1985) ix + 328, 13 и 14).

Что же все-таки есть язык права?

На основе вышеизложенного напрашивается очевидный вывод, что с точки зрения понятия, как и в плане содержания и объема, «язык права» идентичен самому «праву»; его отличительной особенностью является — за отсутствием четких границ — простая описательность²⁵. Поэтому из практически бесконечного ряда его свойств и признаков нас интересует одна его сторона, когда мы обращаемся к нему как к социальному явлению, и другая, когда он интересует нас как языковое явление.

Что касается более точного описания, в противовес формализму и, в частности, в ракурсе потребности континентального права в логических выводах, социально-онтологическая реконструкция²⁶ уже продемонстрировала неизбежную двойственность. Эта двойственность проистекает из того, что в любой ситуации, требующей принятия решения, система, отвечая на очередное требование, пытается найти адекватный, логично следующий из природы фоновых факторов ответ на интересующий вопрос, причем этот поиск происходит в потоке реальной действительности со всем ее драматизмом. Однако из всех найденных таким способом возможностей той, которая будет выбрана юридическим форумом в качестве решения, может стать только такая, которая найдет подтверждение в заданной системе (само) реализации права. Иными словами, право, в конечном счете, не преодолевает, не возвращает и даже не трансформирует (путем контролируемого снятия [*Aufhebung*] в какой-либо метасистеме) неизбежную внутреннюю неоднородность реального жизненного решения, а просто скрывает ее за кажущимся единообразием своих формальных процедур.

Эта онтологическая реконструкция уже поставила под сомнение толкование права в качестве своего рода вещественного явления или его аналогии. Она изначально помещает право в контекст динамизма постоянно создающей напряженность и лишь временами затихающей борьбы интересов (отражающей постоянное обновление общественной практики) и рассматривая его действительно как посредника, то есть как среду, которая делает право объектом внеш-

²⁵ Carl G. Hempel & Paul Oppenheim *Der Typusbegriff im Licht der neuen Logik* (Leiden: Sijthoff 1936) vii + 130 и Paul Oppenheim 'Von Klassenbegriffen zu Ordnungsbegriffen' in *Travaux du Congrès International de Philosophie Congrès Descartes* [IX^e, 1–6 août] Partie 9 (Paris: Hermann 1937), 69–76 [Actualités scientifiques et industrielles 535].

²⁶ Varga *The Place of Law...* (2012), II.

ней рефлексии и таким образом осуществляет по отношению к нему стабилизирующую, стандартизирующую роль. Все это открыло путь к толкованию самого права как социального явления, процесса, символа эталона в эвристической среде, или же как средства (носителя) аргументации, дискурса и т.п.

В отличие от ньютоновской модели мира с ее однолинейной причинностью, в которой право по определению всегда смотрит из прошлого в будущее, с позиций современного стохастического подхода, учитывающего многоаспектность, нетрудно понять, что право не только не перекрывает путь, а скорее открывает его, несмотря на то, что право как источник постоянных ссылок создает видимость сплошного ограничения. Причиной этого является то, что в процессе применения права мы обычно выбираем одну из предлагаемых и (процедурно или, чаще, материально) регулируемых им возможностей, исключая при этом все остальные.

Из этого следует, что право как явление — это вовсе не конечный результат. С одной стороны, оно устанавливает текущие рамки для подтверждения и аргументации, а, с другой стороны, оно представляет собой исход языковой игры, участники которой соревнуются в точности выражения актуального посыла права.

Это означает, что право представляет собой не более, но и не менее, чем идеальный рамочный формат, который используется как эталон и решающий аргумент, подкрепляющий один из вариантов решения в спорной ситуации. Единственный логически приемлемый способ этой трактовки изложил Кельзен, в период американской эмиграции переосмысливший свою *«Чистую теорию права»*. Обычно право отождествляется с языком права в его общедоступном понимании. При наличии конкретных правил или впограничных случаях оно понимается в русле приписываемых ему догмой или приписываемых от случая к случаю трактовок. В конечном счете, право трактуется любым доступным способом, невзирая на возможную непоследовательность, несовершенство или нелогичность, если в действительности связанная с этим (или любая другая) процедура вступила в законную силу.

Напрашивается вопрос: цинично ли такое утверждение? Нет! Оно только демонстрирует, как приверженность континентального права к любой, пусть даже самой неестественной, искусственно созданной структуре (языку, логике и вообще чему угодно, отделенному от повседневной практики барьером утрированного формализма) для компенсации отсутствия доверия к праву терпит поражение

в соревновании с философией английского эмпиризма и доверием такой общественной модели к непрерывности общественной практики. Ведь хорошо известно, что за любой формальностью также стоит человек; как бы мы ни отрекались от чужеродных, искусственно созданных структур, они также управляются человеком из плоти и крови. Поэтому, в конечном итоге, если можно так выразиться, «право» не несет никакого собственного посыла. Впрочем, уточнив вопрос, уже профессиональной точки зрения можно дать характеристику профессиональным кругам, которые в определенный момент времени и определенным образом используют ссылку на «право» для подтверждения тех или иных умозаключений²⁷.

Заданный входе какого-либо процедурного действия вопрос о том, относится ли какая-либо упоминаемая в процессе правовая норма к «действующему праву», с очевидностью сам по себе является частью данной процедуры. Такая оговорка входит в логическую структуру последующего обоснования в качестве естественного предварительного условия. Однако, в действительности, она зависит от непредсказуемости процесса и потому может оцениваться только в общем контексте процедуры; так что такой вопрос является второстепенным²⁸.

Социальное явление, называемое правом, скрывается за общественной предрасположенностью и социально активирующей ролью языка, за его социальной обусловленностью и обуславливающим

²⁷ «Если бы я ответил своему начальству в министерстве на вопрос о том, что есть право, что это — глупый вопрос, и если бы вместо этого я рассказал бы им о том, в чем, в моем понимании, заключается интерес Финляндии, или о том, какой тип государственной стратегии был бы желателен, мое начальство было бы одновременно оскорблено и разочаровано, и никогда бы уже не обратилось ко мне за консультацией» (Martti Antero Koskenniemi *From Apology to Utopia The Structure of International Legal Argument* [1985] (Cambridge & New York: Cambridge University Press 2005) xix + 683, 600).

²⁸ Реконструкция права по Кельзену имела право на существование только в условиях своего рода абсолютной несомненности общественной нормы. Ее распад в современный период стал результатом не тоталитарных тенденций, а вырождения повернувшего вспять либерализма. Либерализм выродился в либертарианство, разлагающее любые нормы до полной условности. После серии анархистских восстаний 1968 г. заявил о своей исключительности «язык привилегий» и приобрели абсолютный характер «права человека»: позитивное право перестало быть источником законных ожиданий и уступило место массовому ожиданию, объявленному правом (привилегией), что создало атмосферу, в которой предмет ожидания начинает функционировать в качестве привилегии вне зависимости от позитивации. Иначе говоря, искусственно созданная потребность породила идеологию, которая приняла форму квазиправа.

эффектом языка. Это явление до сих пор наиболее полно удалось изучить в рамках скандинавского правового реализма. Впечатляющая новизна его посыла состоит в том, что право, понятие как язык, является по своей природе знаком, сигналом, раз и навсегда возбуждающим условный рефлекс, а в традиционной (обуславливающей) практике — инструментом общественной организации и двигателем общества. Однако самым важным посылом реалистов является все же то, что социальные конструкторы человечества выглядят подобно айсбергам для капитана на мостике: то, что он — в лучшем случае — способен заметить, на деле представляет собой вершину гигантской, давно формирующейся структуры. То, что едва заметно для глаза, в действительности имеет за собой необозримое прошлое и является результатом длительного исторического развития. Иными словами, за каждым отдельным проявлением социальных конструкторов нашего общества скрываются масса накладывающихся друг на друга продуктов общественного строительства (обычаев), организованная и функционирующая в виде некой системы. А мы сами просто стоим на вершине этой горы, как капитан, возможно, не принимающий в расчет гигантской массы своего корабля. Аккуратными движениями можно совершить спасительный маневр, тогда как грубое нетерпение способно моментально и гарантированно уничтожить плод труда многих лет, десятилетий, веков и тысячелетий.

Попытки прагматического осмысления права. Философские рассуждения о фактах и понятиях

1. Потребность в смене парадигм

Система координат, отражающая возможности понимания, порождает три блока традиций мышления. Первый называется **объективизмом**, второй — **субъективизмом**. Третий блок представляет собой некий рациональный **поиск компромисса** между этими противоположными принципами. Эта концепция в основном охватила сферы англо-американской науки и является наиболее обоснованной, с точки зрения так называемых когнитивных наук.

В общем и целом в результате такого положения дел получили подтверждение некоторые первоначальные подозрения о том, что (1) существуют не вещи, а **процессы**; (2) вещь не может быть ничем иным, как аспектом или замершей **абстракцией** процесса; следовательно, (3) мышление есть ни что иное, как на- зывание имен; (4) таким образом, следует рассматривать описание в качестве более интеллектуального **моделирования** (или представления) по сравнению с онтологической рефлексией (или воспроизведением)¹.

Объективизм в общем может быть охарактеризован как **наивный реализм**. Его противоположность — **субъективизм** — скорее всего означает его простое отрицание, контр-направление. Они являются ложными альтернативами друг для друга. Так называемая **современная концепция** представляет собой промежуточное решение. Она основана на междисциплинарности, вытекающей из опытных/экспериментальных источников и напоминающей естественные науки, к подражанию которым стремятся такие когнитивные науки, например, как психология, лингвистика, философия и биология.

¹ Varga Cs. The Paradigms of Legal Thinking, 2012, ch. 4.2.

2. Что есть факты?

В соответствии со сложившейся концептуальной традицией, мы должны говорить о «факте», как о чем-то соответствующем в «объективной реальности».

Концептуальное соответствие подразумевает, что, говоря о «факте», мы говорим о реальности правильно. Ибо презюмируется, что единственная вещь, которая не берется в расчет, состоит в том, что мы сами оказываемся теми, кто устанавливает факт, а, следовательно, оказываемся лично вовлеченными в этот процесс в качестве его части. С одной стороны, с точки зрения Ницше, факты как таковые вообще не могут быть найдены в реальности. Самое большее, что мы можем найти в ней — считая это фактами — это чисто произвольные конструкции, созданные человеком. Они скорее являются экстраполяцией нашей воли к власти [*Willen zur Macht*], и представляют собой не более, чем некую разновидность искусственных социальных конструкций. С этой позиции общественного процесса, во-первых, мы что-то открываем, а, во-вторых, мы, так сказать, населяем мир «фактами». Все же это правильная экстраполяция.

Однако, «объективная реальность» не заключается в фактах. В конце концов, факты являются ни чем иным, как **релятивными** концепциями, которые фиксируют, что в нашем личном существовании мы определенным образом относимся к некоторым аспектам реальности. Поэтому процесс «установления фактов» подразумевает то, что мы выбрали некоторые части — для практических целей, например, служения нашему так называемому мышлению — из некоторого относительного целого, которое мы называем «реальностью». Так мы одновременно выражаем понимание того, что каким-то образом лично участвуем в процессе объявления чего-то фактом. Соответственно, когда мы говорим «факт», то провозглашаем наш когнитивный подход к некоторым аспектам реальности, выбранным из общего целого, рассматриваемого в качестве реальности².

Согласно эпистемологической позиции, понимающей мир в качестве совокупности фактов (так называемый наивный реализм), окружающий мир создан из фактов. Факты просто находятся в окружающей нас среде, являясь частью природы. Таким образом, факты просто существуют. Они даны.

² Varga Cs. Theory of the Judicial Process, 2011, ch. 2.

Однажды Франк сделал блестящее замечание: «Для целей, преследуемых судами, то, что суд думает о фактах, является единственным, что имеет значение. Потому что реальные события... происходили в прошлом. Они не появляются в суде»³. Что это означает? Только **попытка** осмысления может привести к установлению некоторого отношения к фактам. Напрасно кричать: «Эй, люди! Какие-то парни убивают друг друга!». То, что лежит в основе этого возгласа, может стать фактом посредством процесса осмысления и названия вещей своими именами, происходящего в рамках осмысления. Таким образом, «факты» в себе и для себя не есть части какого-либо судебного процесса, пока мы — при условии, что мы вообще являемся сторонами этого процесса — не доставим их туда надлежащим способом и в надлежащей форме.

Выражение Франка предполагает, что факты не «существуют» в том смысле, что мы можем удостовериться, присутствуют ли они или нет, просто наблюдая их существование. Следовательно, факты не «существуют». Однако, мы можем делать **утверждения** о фактах, в отношении фактов, об их распространении в качестве фактов и т.д. Таким образом, из утверждения вроде «был установлен факт...» мы можем с определенностью узнать, что (1) есть нечто, с чем мы вошли в когнитивное отношение и (2) мы сделали это элементом осмысления. Факт заключается в том, что мы делаем утверждения о положении дел. Точнее, факт заключается исключительно в том, каким образом и с помощью чего, мы это устанавливаем. Так, факты являются **результатом**, при помощи которого мы можем установить, что вошли в отношение, в котором существует вещь или происходит событие — то есть то, совершение чего не происходит, по крайней мере, по необходимости.

Это концепт отношения. Следовательно, наличие возможности говорить о фактах предполагает существование или преобладание когнитивного отношения с ними. Одним из следующих условий является позиционирование их в качестве предмета нашего мышления. Таким образом, когда мы говорим о фактах, мы говорим о чем-то чисто **объективном**, как и о нашем **субъективном отношении** к нему. Собственно, установление отношения между этими двумя моментами в действительности приводит к утверждению его распространения в качестве факта.

³ Frank J. Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice. Princeton: Princeton University Press. P. 15.

Что означает экстенсивная и интенсивная бесконечность мира в терминах натурфилософии? Рассмотренная выше идея предлагает следующее решение: целостность есть единая целая сущность. То есть целостность полностью взаимосвязана и отделение «конструкции» от «действия» в рамках этой целостности может быть только искусственной, придуманной для определенной цели чисто мысленной конструкцией. В «реальности» такого дуализма не существует, поскольку отдельное существование этих качеств возможно лишь в человеческом представлении. Такое разграничение может быть сделано только аналитически для целей и в рамках нашего объяснения. В понятой таким образом реальности число и конфигурации аспектов, отношений и возможностей бесконечно. И, между прочим, в материальной реальности вообще нет никаких «аспектов». «Вещи» в мире — объекты — просто существуют и распространяются. Есть просто такой дополнительный аспект, что мы, люди, при известных обстоятельствах существуем и время от времени устанавливаем какие-то отношения с определенными вещами. Однако, для того, чтобы установить когнитивное отношение с вещами, необходимо наделить их определенными характеристиками и аспектами. Мы должны подобрать характеристику, выбранную нами из всего контекста единого целого, изолировать ее как независимого носителя некоторых черт, а потом назвать ее в качестве таковой. Чтобы иметь возможность сформировать «разумное» отношение к двум предметам, мы должны создать некую разновидность «анalogии» между ними при помощи абстракции. Поиск таких аналогий не является фиктивным в том смысле, что характеристики или аспекты, служащие основами аналогии, на самом деле получают распространение независимо от наших действий. Но он является натянутым и искусственным в том смысле, что характеристика, о которой идет речь, находится при помощи творческого человеческого намерения посредством изоляции тех объектов от единого целого, пролития света и названия их именами. Число отношений, которые могут возникнуть в мире между двумя камнями, бесконечно, и также бесконечно число аспектов, которые могут иметь значение.

Социальные конвенции, предположения и парадигмы несомненно играют роль в процессах освоения реальности. Например, рассмотрим простую ситуацию: что может человек сделать своему партнеру? В европейской цивилизации мы верим, что магии боль-

ше не существует, и даже описание природы может быть получено в возможных пределах в ее «собственных» условиях (не предполагая прямое вмешательство Бога). Мир становится «разумным», благодаря таким — и не иным — предположениям и парадигмам.

Первичным следствием из этого является то, что есть место, где чувствуем себя комфортно, и это место — наша собственная культура. Когда мы вступаем в контакт с другой культурой, мы упускаем цепь рассуждений и основы понимания⁴. Например, в магической культуре акторам приходится иметь дело с абсолютно иными условиями. В прошлом колонизаторы Британской Империи сталкивались со множеством ситуаций в племенных культурах, управляемых принципами английского права, когда местные жители понимали, что они были подвержены сглазу и им приходилось себя защищать. Поскольку сглаз смертоносен, то и угроза должна быть смертоносной. Неслучайно поэтому защита, направленная против этих угроз, могла причинить тем, кто накладывает сглаз, повреждения, а, возможно, даже и смерть. Однако, местным жителям приходилось защищать себя потому, что если бы они этого не делали, они ставили бы под угрозу не только свои жизни, но также и шансы на свою загробную жизнь. Британцы считали подобные соображения пустым суеверием, которое, по их мнению, шло вразрез с минимальными признаками цивилизациями, и если оно квалифицировалось как угроза жизни, то и заслуживало безусловного наказания)⁵. Следовательно, именно наша культурная зависимость выбирает **пригодные для понимания** аспекты фундаментальных человеческих отношений, среди прочего, которые «можно» считать фактами.

Настолько, насколько мир является экстенсивно и интенсивно бесконечным, единое целое также полностью **коррелируется** в любое данное время. Целостность является единством, то есть **целостно** взаимодействует. В результате, бесконечно разнообраз-

⁴ Например, в условиях стандартизации медицинских процедур под влиянием процессов глобализации, возможность культурно предопределенных интерпретаций тоже стала научной проблемой (Culture, Disease, and Healing: Studies in Medical Anthropology / Landy D. ed. / New York: Macmillan, 1977; Disease, Medicine, and Empire: Perspectives on Western Medicine and the Experience of Colonial Expansion / MacLeod R., Milton L. eds. / London: Routledge, 1988).

⁵ Seidman R.B. Mens Rea and the Reasonable African: The Pre-scientific World-view and Mistake of Fact // The International and Comparative Law Quarterly. 1966. № 15. Vol. 4. P. 1137–1156; Saltman M. The Demise of the «Reasonable Man»: A Cross-cultural Study for a Legal Concept. New Brunswick & London: Transaction, 1991.

ным будет то, как мы объясняем строение и функционирование мира, какие элементы мы можем использовать при этом и в какой конфигурации. При любом воспроизведении и воспроизводстве вариативность элементов, как и набор устройств и их конфигураций, также будет бесконечным. Именно наши практические интересы и практическое отношение к миру будут определять, что из этого мы подбираем (изолируем, отождествляем и называем).

Греческая концепция «истины» включает в себя точно такую же связь. *Tālethes* в первоначальном смысле означает, что мы нечто подбираем, берем и подносим к свету⁶. Это уже подразумевает некоторое отношение. Мы можем что-то подобрать, взять и поднести к свету, если оставим все остальное, что нас окружает, в тени. Произнося *tālethes*, мы признаем, что в этом действии есть деятель, и это — мы сами, субъекты, стремящиеся к осмыслению, путем поднятия чего-либо и пролития на него света. Такой деятель вовлекает нечто в область своего исследования, но делая так, он бросает тень на все остальное. Следовательно, классическое греческое понимание истины подразумевает, по крайней мере на интуитивном уровне, признание того, что истина основана на **выборе**. Объявляя нечто истиной, мы отрицаем истинность (принятую в том же самом смысле) всего остального. Можно сказать, что бесчисленное множество других представлений могло бы также рассматриваться в качестве истинных, но мы выбрали именно то, которое нам необходимо в данном контексте. Очевидно, что эта история не о том, насколько безнадежно субъективными мы являемся. Напротив, она говорит о том, что люди создают свой социальный мир через свою практическую деятельность и они это делают путем постоянной обратной реакции на результаты этой практики. Другими словами, «общественно-научные теории [...] основаны на до-теоретических предположениях... Они являются нормативными допущениями о природе человека и общества и отношениях между человеком и обществом»⁷.

В итоге, то, что мы считаем самоочевидным в данном контексте, также зависит от наших культурных предположений. Мы думаем, что вода состоит просто из двух молекул водорода и одной

⁶ Kendal G.H. Facts. Toronto: Butterworths, 1980. P. 2, 3, 12, 21–22.

⁷ Israel J. Remarks Concerning Epistemological Problems of Objectivity in the Social Sciences / Research in Sociology of Knowledge, Sciences and Art I / Robert Allen Jones ed. / Greenwich [Connecticut]: Jai Press, 1978. P. 63.

молекулы кислорода. Однако, более пристальный анализ может показать, что на практике мы знаем столько видов воды, сколько существует разновидностей ее культурного использования. Так, «вода» зависит не от ее концепции и химического состава, а от ее практического использования и признанной пользы для человека — в качестве морской воды, речной воды, озерной воды, ключевой воды, дождевой воды, талой воды или влаги, полученной из утренней росы (и т.д.). Другими словами, именно социальная интерпретация жизненных (географических, метеорологических и т.д.) условий определяет те типы воды, которые мы различаем и которым даем названия. В некоторых языках используются дюжины различных понятий для обозначения того, какими являются облака, дождь, снег и лед либо вода в канаве или в роднике. Таким образом, мы ни в коем случае не можем утверждать, что «вода» просто «существует». Потому что с самоочевидной определенностью существует не так называемая «вода», а совокупность культурно определенных отношений, в рамках которых вода воспринимается нами, акторами, разделяющими ее проклятия и благословения на практике⁸.

3. Что есть понятия?

Объективистское направление утверждает, что понятия (1) отражают реальность; (2) имеют четкие границы; (3) «объективно» соотносятся с реальностью; (4) дают нейтральное, объективное и истинное видение реальности. **Субъективистское** направление утверждает, что понятия (1) могут отражать только самих себя; (2) произвольны; (3) полагаются на исторически случайную социальную конвенционализацию и (4) построены на продолжительной актуализации соответствующей социальной практики путем изменения конвенций.

Давайте посмотрим, что так называемый **наивный реализм** говорит по поводу догматов объективистского направления.

Ad (1): Является ли понятие отражением? С точки зрения наивного реализма, с одной стороны у нас есть реальность, а с другой — мыслительная способность; и мы отражаем первую на последней, одновременно проводя умственную обработку первой при помощи

⁸ Balekjian W.H. The Concept of Fact in the Physical Sciences and in Law / Theory of Legal Science / Peczenik A., Lindahl L., Roermund van B. / Dordrecht: Reidel, 1984. P. 183–188 [Synthese Library 176].

средств языка. Нет необходимости говорить, что мы используем нашу мыслительную способность посредством языка, чтобы ментально реконструировать реальность: мы ее отражаем, или хотя бы моделируем, даже если что-то при этом изменяет ее форму. Создаваемые образцы всегда в некоторой степени отличаются от прообраза, но все же остаются такими же в том, что касается значимых и определяющих черт. Они являются не механическими или фотографическими отражениями, а чем-то, во что мы сделали свой вклад в процессе выбора и создания.

Ad (2): Есть ли у понятий четкие границы? В представлении наивного реализма, понятия являются отражениями реальности, имеющими определенные природой границы. При помощи рациональной реконструкции наука должна стремиться очертить границы понятий настолько точно, насколько это возможно. Так, посредством мышления мы приходим к отражению того, что уже было заложено в вещь.

Ad (3): Соотносятся ли понятия с реальностью «объективно»? в рамках когнитивной деятельности мы лишь делаем слепок строения, организации и стратификации реальности в концептуальном плане, и, соответственно, в соотношении с реальностью наши понятия будут ничем иным, как отражением структуры реальности.

Ad (4): Дают ли понятия нейтральное, объективное и истинное видение реальности? Это допущение предполагает, что мы, по видимому, должны иметь возможность мыслить, никак не отражая наше существование (его человеческую и социальную перспективы) в процессе мышления.

Что же предлагает **субъективизм** с противоположной точки зрения? И как противоречия, возникающие между двумя крайними взглядами, можно объединить с одной синтетической когнитивной позиции?

Ad (1): В философии Ницше начал обоснование того, что человек *волей-неволей* всегда говорит о себе, проецируя свои собственные желания на идеи вселенского масштаба, даже если он занимается построением теории. Тем не менее, мы можем выявить некоторые конвенции (подобные договорам), существующие между людьми, которые отражают хоть и не реальность, но, по крайней мере, наши самые сокровенные желания.

Эта очевидная крайность субъективизма не испытывает недостатка в истинности там, где речь идет о критических направлениях.

В своей работе «Онтология социального существа» Лукач использовал однажды довольно подходящее выражение, когда, оценивая онтологическое соответствие реальности когнитивных образов, он сослался на «**тенденционное единство**»⁹.

Есть школа философии языка, которая утверждает, что язык имеет **метафорические** корни и природу¹⁰. Среди самых первых точек зрения доктрина **фикций** Вайхингера утверждала, что мы всегда действуем так, как будто делаем что-то другое: например, когда мы ссылаемся на норму, на самом деле мы проецируем на нее желаемое устройство реальности¹¹. Соответственно, мы не знаем (и не можем знать), что есть реальность, но тем не менее мы формулируем о ней определенного рода утверждения. Нам достаточно осознать, что таким образом мы просто выражаем наши верования в то, что было бы хорошо, если бы реальность была именно такой, потому что для успешного продолжения нашей практики было бы достаточно сказать о реальности только это.

Таким образом, наша система понятий ни в коем случае не является механическим отражением, соединенным с определенными аспектами реальности произвольно и в полной мере; она есть образ, одновременно представляющий собой аспект и концептуальную проекцию **человеческих отношений** на реальность.

Ad (2): Если понятия не могут быть найдены в реальности, то именно мы рассматриваем сферу понятий так, как будто у нее есть (могут быть) какие-либо границы. «Реальность», постигаемая нами в восприятии и прямой интуиции, предстает перед нами как целое, в котором нет резких разделений¹².

⁹ «Так или иначе эти предметы с самого начала вступают в конфронтацию (и в конечном счете внезапно погибают) со сферой деятельности, предоставляемой им в общем процессе в любое время. Соответственно, в каждой области будет утверждаться определенное тенденционное единство, не придающее никакого абсолютного единства самому процессу (в смысле старого материализма или как логическое последствие, вытекающее из гегелевской логики)». (Lukács G. A társadalmi lét ontológiájáról [Zur Ontologie des gesellschaftlichen Seins] III. Budapest: Gondolat, 1971. P. 296.

¹⁰ Lakoff G., Johnson M. *Metaphors We Live By*. Chicago: Chicago University Press, 1980.

¹¹ Vaihinger H. *Die Philosophie des Als-Ob: System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus*. Berlin: Reuther & Reichard.

¹² Cassirer E. *The Logic of the Humanities [Logik der Kulturwissenschaften]*. New Haven: Yale University Press, 1961. P. 141. Несмотря на все это, в логике разделяют так называемые классовые понятия (class concepts), которые определяют введение в концептуальную степень, и понятия порядка (concepts of order), служащие

Все это никоим образом не означает, что нашим понятиям не хватает границ или ограничений. Это только значит, что когда мы спорим и в результате неправильно понимаем друг друга, одна из причин этого может заключаться в том, что мы по-разному используем понятия. В этом случае мы должны уяснить для себя и между собой, что мы можем разумно продолжать наш спор до тех пор, пока проводим концептуальное разграничение между этими по-разному понимаемыми понятиями.

Например, равноправие нарушается в виде и положительной, и отрицательной дискриминации тех, кто должен считаться равноправным. Вмешательство правовой политики, сужающей равенство на самом деле равноправных сторон, в таком случае может ослабить принципы правового порядка, вводя его ограничения на практике и ослабить его фундаментальное значение, что приведет к хаосу. В подобных практических вопросах окончательное решение принимается в пользу третьего варианта. Поскольку между двумя противоположными ценностями — то есть между концептуально разделенным и безусловным тождественным самому себе утверждением, с одной стороны, и безусловным опровергающим отрицанием (как, например, утверждающее действие и негативная дискриминация, выступающие, соответственно, за инклюзивность и эксклюзивность) — может включиться как нейтральность, так и благонамеренное безразличие.

Наше допущение, обычно следующее за подобным уяснением, предлагает, что границы понятий в действительности были гласно или негласно установлены определениями. Так что с этого момента у понятий в самом деле есть границы. Тем не менее, история человеческого дискурса доказывает прямо противоположное, и это является решающим уроком языковой реконструкции: вопросы границ возникают снова и снова; тем чаще, чем более нечеткими являются отношения понятий, описывающие вещи. Окончательный результат вызывает еще большие трудности. Потому что — и это хорошо известно из исторического опыта — социальные и моральные вопросы не могут быть решены раз и навсегда. И так происходит не потому, что люди не могут вспомнить прошлые события из-за присущей им слабости или из-за того, что, будучи прирожденными нарушителями порядка, они уничтожают свое прошлое, как будто движимые дурными

исключительно для характеристики (Hempel C. G., Oppenheim P. *Der Typusbegriff im Licht der neuen Logik*. Leiden: Sijthoff, 1936).

инстинктами. Напротив, основным фактом, имеющим социально-онтологическое значение, является то, что на протяжении истории и в рамках социального контекста человек никогда не делал ничего напрасно, и за что бы он ни принимался, он делает это так, как он чувствует, что должен это сделать — на основе свойственной ему осмотристельности, здравого смысла и ответственного выбора.

Давайте рассмотрим этот вопрос со ссылкой на пример из истории права. Закончив изучение движущих сил, участвовавших в развитии римского права, шотландский (в настоящее время — пеннсильванский) историк частного права Уотсон начал еще одно сравнительное исследование¹³. Он доказал, что едва ли можно надлежащим образом говорить о развитии права. Человек является одним из самых уродливых и ленивых на планете существ: он ничего не создает, пока его не подвигнет к этому чистая необходимость. И если он, в конце концов, что-либо предпринимает, то делает это при помощи минимальных усилий. Так что, если есть хоть малейшая возможность, он следует по проторенным дорогам, выполняет работу готовыми инструментами и всегда использует — путем приспособления — то, что есть под рукой. Следовательно, он изобретает нечто только тогда, когда в окружающей его среде не остается ни одной идеи или вещи, доступной для дальнейшей обработки или пере-приспособления. Таким образом, именно необходимость заставляет его творить, предпринимать самостоятельные шаги и даже что-то изобретать.

Историческое обоснование Уотсона основывается на тривиальном примере. Так, на территории Плодородного полумесяца (в Древней Месопотамии) ранение рогами быка представляло собой смертельную опасность. Это случалось очень часто, поэтому вопрос об ответственности за причиненный вред и компенсации должен был регулироваться правом. Все автохтонно развивающиеся культуры этой цивилизации, распространяющейся на огромную территорию, использовали одну и ту же конструкцию, нормативное выражение которой (хотя и происходило на разных местных языках) было одинаковым¹⁴. В поисках дальнейших доказательств Уотсон обнаружил похожий пример в кодификации Юстиниана.

¹³ Watson A. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1974.

¹⁴ Finkelstein J.J. *The Goring Ox* // *Temple Law Review*. 1973. № 46. P. 169–290; Jackson B.S. *The Goring Ox again* // *Journal of Juristic Papyrology*. 1974. № 18. P. 55–93.

Поскольку различия понятий и классификация, применяемая в *Институциях* Юстиниана, — их структура и разбивка не были самоочевидными и единственно возможными в контексте позднего исторического развития Рима, — фактически стала образцовым стандартом, применяемым во внешней систематизации, особенно гражданского права в континентальной Европе. Следовательно, представляется, что вся наша правовая культура основывается на застарелых концептуальных случайностях, произвольных импровизациях, открытиях, и более того — даже на грубых ошибках и неправильном понимании. Потому что мы привыкли брать любое готовое или почти готовое орудие и концептуальное начинание из сокровищницы прошлого и, если нам это нужно, приспособливать его без какого-либо действительно критического осмысления, пока некая странная и довольно исключительная причина не заставит нас действовать иначе.

Так, все феномены, ситуации и события бесконечно разнообразны. Человеческий интерес подходит к ним с различных позиций, различая и придумывая имена случайно выбранным корреляциям как аспектам для того, чтобы позднее в процессе их теоретической реконструкции снова построить из них искомый феномен, ситуацию или событие. Именно по этой причине человеческое мышление считается одновременно и рефлексивным, и конструктивным.

В итоге, границы понятий выполняют свои функции в дискурсе (ситуации или контексте) до определенной степени. Каждый дискурс постоянно проверяет и испытывает эти границы, потому что каждый дискурс, в принципе, является **новым** дискурсом: он отличается от предыдущего, поскольку требует ответа на ситуацию, каким-то образом изменившуюся с того времени в каком-то своем аспекте. Точно также в английском праве воплощенные в собраниях прецедентов сотни, тысячи и даже миллионы дел ничего не прибавляют к исчерпывающей системе, потому что совсем не обязательно, что новая ситуация, появившаяся в любое данное время, потребует такого же ответа, который был однажды выбран в рамках прошлого индивидуального решения. Судья может внести новеллу в любой фазе процедуры со ссылкой как на равенство, справедливость или на другие предлоги и исключительные обстоятельства, как и на вынужденные меры и необходимые действия. При этом он будет представлять свое решение как дающее относительно новый ответ на

полностью или отчасти новую ситуацию или на новое осмысление фактов, которое может создать казус, то есть другой ответ, реагирующий на проблему более разумно и подходяще, следуя обоснованию тех принципов, которые можно взять за основу.

В качестве общетеоретического заключения можно сказать, что, в принципе, понятия являются **открытыми**, потому что их закрытость не может быть ничем иным, как случайностью. Искусственно созданной случайностью исключительно в данных направлениях и контекстах, действительной только для данного контекста. Соизмеримость понятия в себе и для себя, границам, очерченными в рамках и для данного дискурса, никогда не предопределяет будущие границы. Каждому дискурсу приходится сталкиваться с новой ситуацией, обладающей новыми контекстуальными возможностями, а следовательно, у него есть возможность разрешить или подвергнуть сомнению любую возникшую ранее закрытость путем изменения и актуализации этих понятийных границ (с прицелом на изменение конвенций).

Ad (3): Именно здесь может быть поднят вопрос о том, могут ли понятия «объективно соотноситься» с реальностью. Обычно мы предпочитаем такие наборы понятий, которые демонстрируют больше потенциала в обосновании и меньше в фальсифицировании. Мы стремимся одновременно максимизировать **обоснование** и минимизировать **фальсификацию**. Кроме того, в своем понимании мы ограничены тем, что можно обосновать или фальсифицировать теорию только при помощи другой теории, поскольку нет никаких прямых средств и орудий контроля за этой деятельностью.

В пределах данного мировоззрения и набора господствующих парадигм, можно принять в качестве истинной, доказанной или по крайней мере доказуемой ту теорию, которая больше всего соответствует заданным методическим принципам научной методологии, принятой соответствующим сообществом в данное время. Только та теория должна быть принята и выбрана из других возможных альтернатив, которая в наибольшей степени обладает объяснительной способностью и имеет минимум слабых мест.

4. Выводы

Соответствующие тенденции могут быть суммированы в представленной ниже таблице¹⁵:

¹⁵ Lakoff G. Cognitive Science and the Law. New Haven [Connecticut], Yale Law School Legal Theory Workshop, 1989. [manuscript].

*Попытки прагматического осмысления права.
Философские рассуждения о фактах и понятиях*

	Объективизм	Субъективизм	Современная концепция
Факт	«Объективная реальность»: вещь в себе	Произвольная социальная конструкция	Когнитивное отношение, выбранное человеком и поддерживаемое его интересом
Система понятий	Отражение реальности	Отражение себя	Характеризуется реалистическими чертами, но одновременно формируется посредством человеческого интереса к реальности
	Объективно соотносится с реальностью	Основана на произвольных социальных конвенциях	Ее открытость в определенном направлении может быть ограничено только искусственно
	Нейтральна и объективна, дает истинное отражение реальности	Построена на изменении конвенций	Никогда не выводится из господствующего мировоззрения, традиций и культурных предпосылок
Логика	Вещь в себе: направленность, взаимосвязанность и последовательность вещей; их аспекты и необходимость	Внешняя сеть, которая применяется или не применяется по усмотрению	Математика описательных предложений: утверждается, что если мы делаем утверждения в рамках одного и того же контекста в одно и то же время и соединяем эти утверждения концептуально, принимая посылку или заключение в качестве истинного или ложного, мы таким образом устанавливаем дедуктивное отношение между истинностью и ложностью
Мышление	Строится на основе парадигм, разделяющих сущность и явление	Произвольно	Метафизики вещей не существует, только практическое отношение людей к вещам выбирает и наделяет вещи именами
	Ценностно-нейтрально, объективно, полагается на правила логики	Построено на личном убеждении	
	Развивается от общего к частному	Его направление произвольно	

Прогресс, достигнутый в последние десятилетия, с точки зрения тех отправных точек, которые были установлены в прошлом веке, вызывает удивление.

Природа прав человека

I. Обоснование

Права человека — сложное общественное явление. В каждую историческую эпоху оно отражает особую сущность человеческих устремлений, которые при помощи идеологических средств утверждаются в соответствующей среде. Поэтому данное явление требует для своего обоснования исторически обусловленного подхода.

Первоначальная попытка осмыслить это явление в античности носила, по сути, философский характер. Она основывалась на соглашении об общечеловеческих ценностях или на нравственных убеждениях людей. Рассматривая права человека не как продукт произвольного человеческого выбора, а как проявление вселенского миропорядка, мыслители античности сформулировали их природу в терминах естественного права. Подобным образом действуют «неписанные законы» в *«Антигоне»* Софокла: они самодостаточны и стоят над всем и вся. В отличие от случайности земного мира, эта высшая справедливость не только трансцендентна, но и вечна. Будучи таковой, она не подчиняется никакой земной власти. В ее основе лежит являющийся данностью и заранее определяющий природу вещей миропорядок, или божественный промысел. Таким образом, естественно-правовое толкование опирается на подход, цель которого, принимая реалии окружающего мира, — постичь его внутренние взаимосвязи, не вытекающие с очевидностью из внешних проявлений.

А вот ответ на вопрос, что же представляет собой этот миропорядок и, в конечном счете, что из него следует, определяет уже человеческая реконструкция. Эта последняя нечто такое, что, подобно мышлению, является сугубо человеческой деятельностью и потому, вопреки стремлению следовать идеальной модели чистого разума, выходит за ее пределы. Не случайно вся история естественного права представляет собой историю формулировок о том, что есть при-

рода, какое место отведено в ней человеку и какие требования, проистекающие из этого, могут быть впоследствии заложены в основу системы естественного права.

Результатом (весьма непостоянным) этого процесса могла стать лишь регулярно возобновляемая дискуссия либо периодическое давление на власть с целью принятия ею какой-либо из оспариваемых позиций.

Методологической аналогией этому можно назвать попытку сформулировать права человека, исходя из его естественных потребностей с учетом повседневного человеческого опыта. Как и в идеях Маркса, но уже в русле современной антропологии, похожее понимание проявляется, когда права человека пробуют логически вывести из его социально-биологических или гуманитарных потребностей, т.е. свести их к необходимости обеспечения нормальной жизнедеятельности человека. Несмотря на кажущуюся близость идей, эти попытки все же имеют различную направленность. Акцент на решающей роли естественных потребностей ведет к обоснованию абсолютных прав, а согласно марксизму или томизму основой права являются функциональные потребности — тем самым обосновываются относительные, теоретически изменчивые права.

Реагируя на политический манифест Французской революции с позиции своего государства, ирландский мыслитель Э. Бёрк категорически отвергал провозглашение универсальным чего-то, что одновременно объявляется врожденной привилегией человека. «Это метафизические права...», — писал он, считая, что право приобретает смысл только в конкретных обстоятельствах и завоевывается в результате упорной борьбы. Естественные права, по мнению Бёрка, — это всего лишь «надуманные утверждения, в которых, однако, сейчас же усматриваются всеобщие последствия»¹, хотя уже сам по себе здравый смысл подсказывает, что говорить можно о чем угодно, но верить, что в результате мы начинаем этим владеть, — это детская наивность. Впрочем, мир с тех пор полностью изменился: мы относимся к правам человека как к святыне нашей эпохи, пытаясь укоренить и расширить культуру этого понятия бесконечным повторением какой-то магической мантры.

Так существуют ли в действительности права человека?

Существование прав человека многими воспринимается как данность, которой человек наделен априори, в силу своей специфи-

¹ Edmund Burke *The Works III: Reflections on the Revolution in France* (London: John C. Nimmo 1887) & URL: <<http://www.gutenberg.org/files/15679/15679-h/15679-h.htm>>, 528.

ческой природы или социального опыта. Это не что иное, как выставление абсолютной самоценности существования человека в качестве самоцели, лишенной инструментального смысла. Хотя такая концепция не содержит какого-либо объяснения, она, как аксиома, может служить фундаментом для любого подхода. Кроме того, она скрывает критику (марксистского) учения, сводящего роль человека в капиталистическом обществе к винтику рыночного механизма, т.е. к функции простой статистической единицы.

Другие мыслители, которых такая скудость обоснования побуждает заглянуть глубже, не находят в массовом провозглашении так называемым атлантическим и западноевропейским центром права человека ничего, кроме простой декларации их ценности и выставления цели, достойной следования, в качестве общественного блага². Мы являемся свидетелями не действительного появления сущностей и прав, а того, как нечто желаемое выдается или выдает себя за действительное. В отсутствие реального онтологического обоснования процесс становится замкнутым кругом: вера в него порождает движение, успех которого, как самооправдание, еще более укрепляет веру, которая в нормальном случае сама должна служить фундаментом. Иными словами, права человека — теперь уже как завоевание искусственного общества — существуют постольку, поскольку мы действуем во имя и от имени самих людей. Таким образом, права человека функционируют подобно проекту: поставлена задача, в соответствии с ней выдвигается постулат, по которому мы затем корректируем свое поведение. Проверка истинности системы изначально предусматривает только ее рекурсивное (само)утверждение. Иначе говоря, знание, касающееся прав человека, создает самостоятельную реальность, в общем и целом отвечающую определению, составленному на основе собственных предварительных умозаключений.

И действительно, современная философия языка с ее теорией речевых актов предлагает такую теоретическую реконструкцию права, в рамках которой постулат, являющийся речевым воплощением правовых отношений, направлен на целевую (сформированную ходом социализации и системой образования) человеческую среду (например, герменевтический круг). Этот постулат способен, — опираясь на уже имеющийся социальный опыт и соответствующую духовную ориентацию каждого участника такого социума, — высту-

² Gunnar Beck 'The Mythology of Human Rights' *Ratio Juris* 21 (2008) 3, 312–347.

пить в качестве мотивирующего фактора достаточной силы для эффективного формирования поступков массы людей.

Ведь право не существует в форме физической реальности. Где и как в том, как мы говорим и обмениваемся информацией с другими людьми, может скрываться сила принуждения? То, что мы ощущаем за этим явлением, на деле заложено не только в самом праве, но и в социальной среде, развивавшейся параллельно с существованием человеческого общества с древних времен, предполагающей и неизбежно сопровождающей правовые отношения.

II. Универсальность и/или индивидуальность

Как потребность, требование и (благодаря своей постулированности) норма прав человека действительно являются универсальными. Однако методологические реконструкции изначально относят их к «сущностно оспоримым концепциям»³, где даже зерно смысла, поддающееся единообразному толкованию, окружено неразрешимым многообразием возможностей трактовки. Литература, например, характеризует права человека так: «фундаментальная всеобщность» их справедливости не подлежит сомнению, однако ее выражение имеет «культурные различия»⁴.

Данная концепция потеряла бы всю свою идеологическую надстройку, если бы ее предмет не был заранее объявлен имеющим всеобщее значение, поскольку в ней отсутствуют практические инструменты для последовательной универсализации в пространстве и времени. Конечно, можно сказать, что мы живем «в эпоху субъективных прав»⁵, однако стоит заметить следующее: большая часть этих прав поддается интерпретации только при наличии необходимой инфраструктуры и потому существует только в конкретном контексте общественного устройства (и при соответствующем уровне развития общества). В самом деле, как можно вообще представить себе универсальность в историческом пространстве, где все определяется изменяющимися условиями? Там, где даже осознание человеком своей — по Марксу — родовой сущности [*Gattungswesen*] является предметом исторического развития, т.е. подверженным

³ W.B. Gallie 'Essentially Contested Concepts' *Proceedings of the Aristotelian Society* 56 (1956), 167–198.

⁴ ack Donnelly 'Cultural Relativism and Universal Human Rights' *Human Rights Quarterly* 6 (1984) 4, 400–419, 419.

⁵ Norberto Bobbio *Letà dei diritti* (Torino: Einaudi 1990) xxiv + 252 [Saggi brevi 16].

изменению процессом? Ведь, следуя базовому аксиоматическому принципу антропологии, любое оценочное суждение изначально может иметь действительное подтверждение только в пределах парадигмы рассматриваемой культуры.

Известно, что доминирующие слова нашего времени, такие как «права человека», «демократия» и «либерализм», изначально являются атрибутами и плодами западной цивилизации⁶. Уже сам этот факт создает напряженность между принципом универсальности и, упрощенно, европейскими корнями концепции прав человека.

С точки зрения буддизма, европейский подход к правам человека основан на противопоставляющем и сталкивающим людей принципе «разделения и изоляции, борьбы и конкуренции»⁷. Этот подход опирается на искусственный фундамент, не имеющий естественного аналога; он безразличен к внутренней мотивации человека, оценивая лишь его внешнее поведение как абстрактное правило, сформулированное для абстрактного пространства и времени. Рассматриваемый подход, с этой точки зрения, вклинивает посреднические структуры в процессы взаимодействия между людьми, а своей ориентацией на индивидуализм попирает человеческое достоинство. Он является, по сути, продуктом кризиса «западного» сознания: попыткой соорудить подобие альтернативы на руинах метафизического материализма, духовного редукционизма и нигилистического морального релятивизма⁸. И в самом деле, идеал «нормальности», отстаиваемый в залах судебных заседаний, представляет собой всего лишь нескончаемую борьбу, противостояние власти и индивида. При этом контекст прав человека в итоге исключает из потенциального круга затрагиваемых тем именно интересы общества [*res publica*].

Как бы там ни было, отреагировав на весть о подготовке Всеобщей декларации прав человека (1948 г.), Американская антропологическая ассоциация издала манифест, в котором подчеркивала, что ни одного индивида нельзя рассматривать без учета соответствующего социально-культурного фона⁹.

⁶ Samuel P. Huntington *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order* (New York: Simon & Schuster 1996), 367, 70–72.

⁷ *Buddhism and Human Rights* ed. Damien V. Keown et al. (Richmond, Surrey: Curzon Press 1998) xxi + 239 [Curzon Critical Studies in Buddhism], 8.

⁸ Zühtü Arslan 'Taking Rights Less Seriously: Postmodernism and Human Rights' *Res Publica* 5 (1999), 195–215 & URL: <<http://www.philosophy.ru/library/pdf/234617.pdf>>.

⁹ [Executive Board, American Anthropological Association] 'Statement on Human

В конфуцианской картине мира вообще отсутствует самостоятельное понятие «я». В ней не найти того, что означает «играть роль», как не существует в ней и понятия чего-то такого, на что можно извне — словно на вешалку для одежды — навесить нечто другое. Ведь в рамках конфуцианства человек изначально интегрирован в иерархическую патриархальную семейную модель, воспринимаемую им так же естественно, как вода или воздух.

В Африке идет постоянный поиск посреднического звена между общинными и индивидуальными ценностями: он выражается в попытке найти во вселенной, понимаемой как нравственная единица, место для *anthropos* между *cosmos* и *theos*.

Для народов Дальнего Востока ключом к будущему с древних времен является продолжение развития человеческих добродетелей. Эта культура воспринимает как потерю любое «расточение» энергии под видом свободного самовыражения индивидуальности. Менталитет Индии допускает только состояние ожидания, если и поскольку индивид уже внес свой справедливый и пропорциональный трудовой вклад в общее дело [*adhikarin*]. В Японии до XIX в. не существовало даже понятия права; оно и с тех пор почти не используется и является признаком чужеродной культуры.

Противопоставление друг другу универсальности и индивидуальности заранее поляризует эти два начала. Поэтому в качестве понятийного минимума вместо дихотомизации идет поиск «элементов межкультурного универсализма»¹⁰. Это объясняется тем, что при конкретизации определений, составленных из абстрактно-универсальных терминов, на первый план неизбежно выходит их актуализация *hic et nunc* [здесь и сейчас], т.е. интерпретация в контексте. А это, в свою очередь, равносильно представлению о том, что можно произвольно оперировать булавочными стандартами, однако когда они оживают, то их интерпретация и применение возможны только во взаимосвязанных условиях конкретного бытия. Так что мы не можем выпрыгнуть из собственной кожи, не обладаем нейтральной точкой зрения на реальность.

III. Итоговые замечания

Исторически различные идеологические течения, опирающиеся на права человека, появились не как организующая сила обще-

Rights' *American Anthropologist* 49 (1947) 4, 539–543.

¹⁰ Alison Dundes Renteln *International Human Rights Universalism versus Relativism* (London & New Delhi: Sage Publications 1990) 205 [Frontiers of Anthropology 6], 86–87.

ства, а как средство преодоления произвола и возможность уменьшить уязвимость человека перед лицом власти государственного аппарата, вечно подавляющей личность. Именно поэтому в таких идеологиях не найти ответа на естественный для марксизма и христианства вопрос единства прав и обязанностей, ведь при этом благородная цель профилактики подменяется простой атомизацией общества на отдельных индивидов.

Вся история прав человека, включая ее ранние стадии, разворачивалась как непрерывное стремление получить правовое признание сформулированных ими требований, что означает непрерывный переход от чисто идеологического, предправового периода провозглашения к постулированию и состоянию защищенности, обеспеченному правом. Таким образом, идеология и доктрина прав человека видят свою завершенность и полноту в юридическом постулировании этих прав. А конечной целью движений за права человека является не что иное, как защита личности со стороны государственной власти. Из вышесказанного очевидно, что без трансформации в государственное (исходящее от государства, санкционированное государством) правило эти так называемые права останутся только надуманными метафорами, поскольку без этого они не станут частью правовых отношений и, следовательно, не создадут каких-либо привилегий; сами же по себе они могут означать только ожидание перехода из состояния желательного [*de lege ferenda*] в состояние действующего [*de lege lata*] права.

Современная критика уже предупреждает, что превращение требований о правах человека в собственно субъективные права и правовые отношения привело к появлению своеобразного юридического понятийного аппарата и процедурной техники, являющихся необходимыми для всех, кто пользуется ими. В то же время, это сводит богатое содержательное разнообразие права к единственной возможности выбора, а вынужденно усредненный подход к многоплановым проблемам может с легкостью разрушить ситуативно возникающие и очевидные варианты их решения.

Поиски формализма в праве

Идеи системности и аксиоматичности между утопизмом и эвристическим суждением

К теме формализма постоянно возвращаются обсуждения в юридической сфере, однако его компоненты не получают адекватной глубины анализа. В англоязычном правовом мире он проявляется в качестве дуализма или антагонизма формы и материи, несмотря на то, что истоки его были однажды сформулированы в философии — и до сих пор отражаются в континентальной культуре Европы — в дихотомии формы и содержания.

I. Системность

1. Форма и содержание

1.1. *В искусстве и праве* Работая над проблемой определения литературы в качестве своего предмета, направление «Новая критика» в Америке обнаружило сущностную важность феноменальной формы человеческих объективаций, придавая особенное значение специфическому устройству содержательных элементов, утверждениям, например, о том, что поэзия **сводима к используемым ей методам**¹. Подобный ответ противоречил абсолютному значению содержания, утверждая, что форма тоже может стать генератором содержания, по крайней мере в особой сфере создаваемых людьми артефактов, в которую помимо прочего включаются искусство и право.

В повседневной жизни формальные моменты часто выступают в роли критерия разграничения. Формальные черты могут обеспе-

¹ Warren A. *Literary Criticism* / Foerster N. (et al.) *Literary Scholarship: Its Aim and Methods*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1941. P. 143.

читать определенность в процессе узнавания и обозначения. В случае с правом феноменальные формы не есть просто внешние свойства, переданные ему на постоянной или временной основе: что-либо, появляющееся в качестве правовой формы, является выражением глубоких социальных отношений и интересов, то есть материального содержания. И все же именно эта форма передает и воплощает выражаемое содержание; более того, становясь отчужденно реифицированной сущностью, она может даже управлять им².

1.2. В немецкой философии В спроецированном на человеческие объективации аспекте мы можем спокойно определить форму в качестве органического посредника содержания, без которого последнее едва ли может быть чем-то большим, чем мертвой абстракцией, подверженной риску постоянно превращаться во что-то иное. Давным-давно Гегель в радикальной манере сформулировал **диалектическую идентичность** содержания и формы³.

Первоначальная цель Новой критики заключалась в понимании «**ереси пересказа**». Ведь воспроизведение литературного содержания при помощи нелитературных «бесформенных» средств лишает результат его специфического качества. Правовая форма также строго неотделима от имеющегося в ней содержания: никакое содержание не может быть признано собственно юридическим, пока оно не организовано в правовую форму. Соответственно, в сфере того, что является «собственно юридическим»⁴, ошибка в форме может привести к исчезновению содержания, то есть юридичности. В этом проявляется «решительная, независимая, завершающая функция формы»⁵. Подобное эмфатическое значение по чистой случайности не проявилось в истории, поскольку «все потребности гражданского общества — независимо от того, какой класс является правящим — должны пройти через волю государства, чтобы сохранить общую действительность в **форме законов**»⁶.

² См.: Varga Cs. “Thing” and Reification in Law / Varga Cs. The Place of Law in Lukács’ World Concept. 2012, Appendix, P. 160–184.

³ Hegel G.F.W. Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundriss [1817], § 133n.

⁴ Selznick F. The Sociology of Law / International Encyclopedia of the Social Sciences 9 / Sills D.E. ed. / New York, etc.: MacMillan and The Free Press, 1968. P. 51 et seq.

⁵ Lukács G. Über die Besonderheit als Kategorie der Ästhetik. Berlin & Weimar: Aufbau-Verlag, 1985. P. 240.

⁶ Engels F. Ludwig Feuerbach and the End of Classical German Philosophy [Ludwig Feuerbach und der Ausgang der klassischen deutschen Philosophie].

В результате объективации на **замену** старому качеству может прийти **новое** (отрицая и сохраняя). Как только объективация завершается, она получает свое собственное существование, не зависящее от своего генезиса, образец поведения, обладающий неоспоримой действительностью.

Гегель усматривал особую эмфатическую роль формы там, где требовалась **подходящая** форма, то есть в искусстве. Напротив, форма, подходящая правовому качеству, менее уникальна и конкретна. Придание особой **правовой формы** является *априорным* нормативом регулирования; именно схематическая форма или бланкетная формула делает любое регулирование переводимым в правовое качество как отличное от всего остального.

2. Системность и аксиоматический подход

2.1. *Идея системы и кодексы законов* Именно **системность** кодексов как внешняя отличительная черта характеризует их технологическую и инструментальную новизну исчерпывающе и по существу⁷.

В общем, «система есть: (1) нечто, состоящее из набора (конечного или бесконечного) сущностей: (2) среди которых обозначен набор отношений так, что (3) из одних отношений можно вывести другие или из отношений между сущностями можно вывести способ поведения или историю системы»⁸. Ход **развития системы** варьируется от рудиментарной стадии до состояния полной **аксиоматизации**. Неслучайно *Элементы* Эвклида долгое время служили воплощением идеала современной кодификации законов.

В праве со времен его прото-форм **кодификация** была направлена на его письменную фиксацию, совмещенную со стремлением системно переформулировать положения законов в одном сборнике текстов, возникающем в истории в качестве функционального ограничителя. С течением времени были построены иерархические структуры по принципу пирамидальной конструкции.

2.2. *Раннее Новое время* Несмотря на то, что кодификация сформировала свои классические черты в XIX в., уже в XVII в. возрастало желание **аксиоматической (ре)конструкции** права. Благодаря открытиям Кеплера, Галилея, Харви, Гассенди, Гюйгенса, Ньютона и других, именно в этом веке естественнонаучной картине мира, провоз-

⁷ Varga Cs. Codification as a Socio-historical Phenomenon, 2011.

⁸ Rapoport A. General Systems Theory / International Encyclopaedia of the Social Sciences 15 / Sills D.E. ed. / New York, etc.: MacMillan and The Free Press, 1968. P. 452–453.

глашающей триумф человеческого интеллекта в победоносном самоутверждении, удалось одержать победу над средневековым схоластическим мышлением. Сами науки были унифицированы по образцу математики таким образом, который позволил Галилео Галилею провозгласить, что язык природы дан в математических символах.

Конечно, в юриспруденции картезианский рационализм не получил своей полной и завершенной формы. Начиная с XV в., прогрессивное развитие естественных наук заставило юристов заложить основы новой юриспруденции, такой же научной, надежной и определенной, как и новая наука Ньютона и Коперника.

Опять же в XVII в. Иоганн Альтузий в своей работе *Dicaeologicae* (1617) исследовал право как часть природной реальности и расположил понятия — следуя методу Пьера де ла Раме — в математическом порядке. Несколько лет спустя Гроций в своем трактате «О праве войны и мира» обосновал систему права, выведенную с такой точностью, которая могла бы сравниться только с заключениями, полученными при помощи математики. Потому что сомнений для него больше не существовало: «Сказанное нами в известной мере сохраняет силу даже в том случае, если допустить — чего, однако же, нельзя сделать, не совершая тягчайшего преступления, — что бога нет или что он не печется о делах человеческих»⁹. Это было рискованное предприятие, направленное на достижение невозможного, стремясь совместить аксиоматическое понимание с дедуктивной системой построения¹⁰.

2.3. Современная эпоха Возрождение аксиоматизма сопровождалось доводящими до саморазрушения крайностями так, что брошенный вызов заглух на утверждении того, что в конце концов аксиоматизм «ничего не несет, кроме нового образа самого себя. Это хорошо сделанная тавтология. В отличие от чисел, слова не содержат в себе функциональных операций. Соединенные или разделенные они производят только другие слова или разновидности своих собственных значений»¹¹.

⁹ Grotius H. De jure belli ac pacis [1625], Prolegomena, sect. II, (<http://www.lonang.com/exlibris/grotius>). [Гроций Г. О праве войны и мира / Пер. А.Л. Сакетти / М., Ладомир, 1994. Прологомены к трем книгам о праве войны и мира. XI. С. 47].

¹⁰ См.: Varga Cs. Leibniz und die Frage der rechtlichen Systembildung / Materialismus und Idealismus im Rechtsdenken Geschichte und Gegenwart / Mollnau K.A. hrsg. / Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden, 1987. P. 114–127 [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 31] (reprint Varga Cs. *Law and Philosophy*. 1995. P. 219–232.

¹¹ Steiner G. Language and Silence: Essays on Language, Literature, and the Inhuman. New Haven & London: Yale University Press, 1998. P. 20.

Само по себе требование логического действия права никак не приводит к аксиоматическому построению системы. Тем не менее тенденция к полной и исчерпывающей формальной логической реконструкции операций в рамках права¹² изначально не исключает аксиоматическую реконструкцию. Так, Эссер в своих работах использовал дихотомию «аксиоматически ориентированной» и «проблемно ориентированной» систем как синонимов «закрытой системы», predetermined кодификацией, и «открытой системы», работающей с судебной практикой¹³. Но немецкая школы юридической логики в лице Ульриха Клуга, Илмара Таммело и Оты Вайнбергера не вдавались в детали, касающиеся трудностей аксиоматизации, применимой к праву.

II. Аксиоматизм

3. Жажда аксиоматичности

3.1. *Не больше чем пустая приблизительность* Проецируя определение **аксиоматических систем** на право, мы получаем не более чем тавтологию. Например, можно предположить, что и позитивное право, и правовая доктрина, вместе с набором принципов, принятых в действующей юриспруденции и лежащей в ее основе правовой идеологии, должны воплощать те принципы интерпретации, через которые значение фундаментальных правовых понятий может стать очевидным, а значение всех последующих понятий — принятым как действительное. Однако ни в каком праве нет фундаментальных понятий, имеющих самоочевидное значение; никакие принципы интерпретации не определены исчерпывающе или не конструируются из системы; более того, правовые понятия по необходимости не выводимы из самой системы. Если так, то **право не пригодно для аксиоматизации** с силу самой природы его понятий, в виду того факта, что сама идея **дедукции им чужда**.

Несмотря на это, право представляет собой особый континуум в рамках непрерывного процесса обретения и утраты нормами своей действительности. Это — континуум, чьи границы постоянно формируются во времени. Более того, право получает нормативную

¹² Спор о формализме/антиформализме см.: Perelman Ch. Le raisonnement juridique. P. 1–15; Kalinowski G. Le raisonnement juridique. P. 17–42 / Die Juristische Argumentation. Wiesbaden: Steiner, 1972) [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 7].

¹³ Esser J. Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts 4th ed. Tübingen: Mohr, 1990. P. 44.

форму, приобретая нормативное выражение для того, чтобы отделиться как от эпистемологической истины, так и от онтологической необходимости, оставаясь свободной для любого дальнейшего обсуждения. Это относится к тому факту, что действительность (как любой другой элемент системы норм) является «искусственной человеческой конструкцией»¹⁴, результатом человеческой деятельности в обществе.

В праве никак не понятия являются тем, что противостоит трансформации права в дедуктивную цепь следствий. Утверждения, определяющие взаимные отношения и связи между понятиями, также сдерживают дедуктивность, благодаря своей природе, единой с одним из понятий¹⁵. Позитивное право едва ли переполнено нормами, выводимыми из других правовых норм формальным, чисто дедуктивным методом. Фундаментальные положения, лежащие в основе содержания правовых систем, в основном являются определениями границ — актуализации и конкретизации — намерений, получивших отражение в политико-правовых документах высшего уровня, нормативное регулирование которых обеспечит определение тех поведенческих средств, которые были выбраны законодателем для достижения желаемых целей.

Другими словами, — собственно, все так и говорят¹⁶, — процессы применения права не могут сводиться к дедуктивным операциям. Соответственно, предпринятые на протяжении истории попытки исключить *par excellence* творческую составляющую из судебного процесса были всегда обречены на неудачу¹⁷. Так же как не могут на дедуктивности основываться доктринальные учения¹⁸.

¹⁴ Klaus G. Einführung in die formale Logik. Berlin: VEB Deutscher Verlag der Wissenschaften, 1959. P. 72.

¹⁵ Wróblewski J. System of Norms and Legal System // Rivista internazionale di filosofia del diritto. XLIX. 1972. № 2. P. 224–245. Вроблевский описывает правовую систему как комплекс, являющийся одновременно динамической и статической сущностью.

¹⁶ Varga Cs. On the Socially Determined Nature of Legal Reasoning // Logique et Analyse. 1973, Nos. 61–62 & Études de logique juridique. V, publ. Ch[aîm] Perelman. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1973. P. 21–78 (reprint in Varga Cs. Law and Philosophy, 1995. P. 317–374).

¹⁷ См.: Varga Cs. A törvényhozó közbenső döntése és a hézagproblematika megoldása a francia jogfejlődés tükrében [The interim decision by the legislator as a way of filling gaps, as overviewed through the French legal development] // Jogtudományi Közlöny. XXVI. 1971. № 1. P. 42–45.

¹⁸ Peczenik A. Doctrinal Study of Law and Science // Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht. XVII. 1967. (1–2). P. 135–138.

В собственной области права только взаимоотношения между содержаниями определяют границы сферы формальной дедуктивности в рамках тонкого гиперболического идеала.

3.2. Недостаток дедуктивности в глубинной структуре права Само ядро любой аксиоматической системы лежит в том факте, что в некотором наборе строительных блоков есть несколько опорных камней, на которых только одно данное здание может быть построено в одной данной форме, хотя для достижения результата требуется, чтобы эта операция могла быть повторена любым актором в любое время в будущем. Однако между составляющими правовую систему элементами нет тех отношений, которые позволили бы построить здание права в одной единственной форме.

4. Заключение: диалектика материальности

Правовые системы являются поистине динамическими системами, аккуратно построенными на сущностных взаимосвязях. Таким образом, они противостоят аксиоматизации¹⁹. В то же время **материальность по сути диалектических взаимосвязей** может и не спасти теоретическую реконструкцию от восприятия правовых систем в их своеобразии — в том типе интеллектуальных образов, в рамках которых «все Части определяют Целое, взаимно определяя друг друга». Потому что такая система²⁰ может оказаться «не только организованной, но и организующей единицей для окончательной самоорганизации в единую сущность с Частями, организованными Целым, и Целым, господствующим над организованными частями»²¹.

¹⁹ Или, согласно заключению Александра Печеника, «строгий и формальный логический анализ не может дать нам полное понимание правовой рациональности» (Peczenik A. Jumps and Logic in the Law: What can one Expect from Logical Models of Legal Argumentation? // Artificial Intelligence and Law. 1996. Vol. 4. № 3–4. P. 297–329).

²⁰ См.: Varga Cs. Law and its Approach as a System // Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae. 1979. Vol. 21. № 3–4. P. 295–319 (reprint: Informatica e Diritto [Firenze] VII. 1981. № 2–3. P. 177–199).

²¹ Bartók G. A “rendszer” filozófiai vizsgálata [Philosophical investigation of the “system”]. Budapest: Magyar Tudományos Akadémia, 1928. [Értekezések a filozófiai és társadalmi tudományok köréből III/5]. P. 19.

Природа судебного установления фактов

Факты, как релятивные категории, концептуализирующие познавательное освоение природы (являясь сродни природе и предполагающие освоение человеком самого себя), являются продуктом интеллектуальной деятельности человека¹. В когнитивно-коммуникативных практиках человека факт является одним из примеров относительной определенности, на которую актор может положиться.

Разговор о социальном существовании равносителен разговору о социально-коммуникативных практиках. Именно по этой причине можно с точностью заявить о том, что в социальной практике «существуют» факты. Поскольку «связи и отношения есть составные части социального бытия. [...] [Н]еизбежность переживания их как части реальности, также как необходимость принятия во внимание их фактичности в практической жизни часто приводит к их ментальной трансформации в материальные объекты»².

1. Подобно игре

Сами по себе факты не являются данными. Точно также никакие соответствующие объекты реальности, созданные человеческими когнитивно-коммуникативными практиками, в сфере права не трансформируются в факты автоматически. В соответствии с формальными требованиями права (относящимися исключительно к правовой сфере), а также профессиональной правовой идеологией, факты могут быть преобразованы в юридические факты только путем переформулирования фактических утверждений в правовые утверждения и, таким образом, придания им специфического смысла (то есть институционального значения и положения в системе). Это предполагает обращение к особенностям права путем деклари-

¹ Varga Cs. Theory... 2011.

² Lukács G. Marx's Basic Ontological Principles / trans. David Fernbach / London: Merlin, 1978. [The Ontology of Social Being 2]. P. 41.

рования принадлежности всей этой операции к его области. Будьте уверены: то, что называется «собственно правовым», очевидно является системой, входящей в качестве составной части в единую социальную систему. То есть все мы, как акторы, *играем* в отдельную игру в рамках единой социальной игры.

Возможно в этом процессе будет превалировать **формальная закрытость**. Поскольку ни одно правило, взятое извне, не сможет быть признано действительным для данной игры. Любой, желающий принять участие в игре, может играть **исключительно в соответствии с ее правилами**. Второе правило игры гласит: любой желающий допускается к участию в игре только в том случае, если он/она ссылается на факты, имеющие подтверждение во внешней действительности. Третье правило прибавляет: соответствие действительности тех фактов, на которые ссылаются, также должно быть доказано. А вот процесс **доказывания** уже является частью игры. Не стоит даже говорить, что доказывание осуществляется по собственным правилам игры.

Другими словами, главное правило игры заключается в том, что никто не может вторгаться в нее самовольно. Любой, кто хочет вступить в игру, должен играть на тех условиях, которые предусмотрены правилами. Обязательность основного правила не может быть оспорена ни на каких основаниях. То есть ни одно из таких оснований, как новизна, необходимость или относимость любого фактического утверждения, не может иметь значения само по себе. Потому что факты могут быть приняты в игру исключительно через установленную в игре процедурную коммуникацию. Любой, кто насильно проталкивает в игру свою собственную (не соответствующую процедуре) фактическую коммуникацию, нарушает саму игру. Любое силовое вторжение в игру положит ей конец — это то же самое, что поджечь сам дом, в котором идет игра. Но даже если игра будет продолжаться уже после того, как она была нарушена, она будет уже совсем другой. Тот, кто вводит в игру свои собственные правила, разрушает ее³. А тот, кто вносит в игру изменения, не имея полномочий играть в ее рамках во что-то другое, фактически начинает играть в совершенно новую игру⁴.

³ Как коммивояжер, предварительно согласившийся сыграть в игру под названием «судебный процесс», которая в итоге приводит его к формулированию морального суждения, делает это подобно метафорической фикции Фридриха Дюрренматта (Dürrenmatt F. Die Panne. Zürich: Diogenes, 1965).

⁴ Как это делает Цезарь в шахматной игре с Юссуфом — пиратом, схватившим его и предложившим свободу в случае, если тот выиграет — когда для того, что-

Игра, о которой я говорю, характеризуется своей соотносимостью с тем, что принято называть «**истиной**». Так оно и есть, хоть рассматриваемая игра и допускает **полученное в порядке соответствующей процедуры «убеждение» как «доказательство»** того, что принято называть «истиной». В крайних случаях, например, в таких процессах, где судья только наблюдает за состязанием конфликтующих сторон, может оказаться, что стороны взаимно опровергают представляемые друг другом доказательства — не поднимая вопроса об их внутренней силе и/или даже относимости.

С позиции эпистемологии, мы можем только утверждать, что игра в своих основных чертах может быть определена посредством (1) своей **нормативной ориентации и организации** (поскольку все, что принимает в ней участие — например, принцип отбора игроков или порядок организации игры — с самого начала и без всяких условий подчинено некоторым практическим соображениям, в принципе отличающимся от теоретической модели мышления), а также свойственной ей (2) закрытости процедуры (которая помимо того, что закрывает сам процесс обсуждения в определенной точке, объявляя решенным вопрос, *подлежащим разрешению*, предопределяет также и само движение этого процесса, включая его организацию, выбор путей и направлений, фазы, сроки и формальности с самого начала). Соответственно, функционирование игры имеет следующие черты: (1) **выборочность** (ибо процесс игры может развиваться в любое из возможных направлений только в том случае, если предварительно установлена нормативная относимость фактов, на которые ссылаются при выборе направления); (2) **формальность** (поскольку факты могут быть приняты во внимание независимо от того, насколько относимыми или существенными они являются или объявляются, только в том случае, если доказано наличие у них неких дополнительных свойств. Здесь имеются в виду свойства, отношение которых к обстоятельствам дела может быть весьма искусственным, внешним и случайным); и наконец, (3) **процедурность** (поскольку в игре речь скорее пойдет о таких вопросах, как «если кто что-то заявляет, то когда и как он/она это делает?», чем «что в конечном счете было заявлено?»).

В итоге, с позиции эпистемологии можно сказать лишь то, что процесс игры едва ли является чем-то большим или другим, чем

бы избежать поражения в игре, Цезарь заходит за шахматную доску и устанавливает новое правило игры, выхватывая меч Юссуфа и закалывая его. Frigyes K. Casesar és Abu Kair II / Frigyes K. A lélek arca Összegyűjtött novellák [Collected short stories] / Abody B., Szalay K. eds. / Budapest: Magvető, 1957. P. 27–30.

использованием познавательного опыта в практическом контексте в рамках специфической деятельности, обусловленной однородно определенными целями, методами, формами и процедурами.

2. Подобно предпосылке для установления юридической санкции

В правовом событии ни право, ни факт **сами по себе** не могут быть определены как **существующие для себя**. Даже если это звучит как бессмыслица, я осмелюсь заявить, что право и факт, собственно говоря, как таковые не являются и компонентами процедуры. Они становятся частью процедуры опосредованно — **в форме и посредством отсылки** к заявлению, сделанному сторонами и/или принятому судьей как одной из посылок в его силлогизме решения.

В этом смысле также можно сказать: правовой порядок есть не «следствие» из норм, а конвенционализированная социальная практика. Или чтобы быть до конца точным: правовой порядок сам *является* конвенционализированной социальной практикой. В самом деле правовой порядок является результатом практики **обращения к нормам** и в то же время признания этого обращения **как соответствия нормам**. Конечно, к этому можно добавить и то, что даже мир фактов в данной практике не является «следствием» из фактов.

Для уверенности можно сказать, что сами по себе факты вообще не являются правовыми феноменам. Только **установление** фактов может открыть путь к их становлению правовыми фактами. А именно (1) установление, которое является не суждением о существовании в эпистемологическом смысле, а **заявлением практически-го требования** начала или изменения юридического процесса со ссылкой на имеющий юридическое значение факт, наличие которого может быть или было установлено. Это установление может быть трансформировано только в событие, имеющее юридическое значение в рамках правовой нормы посредством (2) принятия его **компетентным властным органом в рамках установленной процедуры** в качестве основы этой процедуры или ее составной части.

В формальной логической реконструкции, применяемой в современном праве, факт выступает как обязательное условие (или: имеет значение только в отношении) наступления юридической санкции⁵. Это может показаться довольно циничным. И все же факт есть ни что иное, как переформулировка **специфической логики**

⁵ Kelsen H. Reine Rechtslehre [1934]. Wien: Deuticke Verlag, 1960. P. 245.

специфических функций. С точки зрения онтологии, это происходит в философии — применение теории возможно в практике только в той степени, в которой теория является практической. И это должно означать, что контраст теории и практики не может быть концептуально верифицирован. Более того, в реальности они не существуют в отрыве друг от друга. Потому что практика — единственное, что существует. Это все равно, что сказать: на практике, то есть в соответствии с формой своего реального существования, «теория» сама есть практика. Все же, поскольку логика и математика проецируются в реальности как системы концептуальных схем, искусственно созданные теоретическим мышлением, очевидно, что теория существует. С точки зрения онтологии, она действительно существует, но не в качестве внешнего приспособления к практике, а как более или менее тщательно гомогенизированное внутреннее ее устройство. И в то же время как устройство, каким-то образом извлеченное из разнородности практики — вместе с некоторыми однородными чертами организации, структуры и деятельности, — она противостоит практике как ее мерило. Строго говоря, это *смысл существования* практики, приведенный в действие. Итак ключевая идея — это относительность однородных сфер по отношению к разнородности, лежащей в основе. В то же время рассматриваемая относительность предопределяет развитие и самоутверждение отдельных принципов построения и функционирования в рамках этой разнородности. Сама **разнородность повседневной жизни** предоставляет основу и структуру, источник и цель, и — более того, истинное средство любой гомогенизации⁶. Так однородные сферы, встроенные в социальную разнородность, утверждают себя при помощи своих собственных принципов организации и деятельности в рамках общего процесса социального воспроизводства.

Возвращаясь к процессу принятия нормативных решений: было бы ошибочным полагать (подобно тому, как это предлагает картезианский миф⁷, и кроме прочего, это было бы смешением разных однородных сфер), что это вопрос, во-первых, «мышления», а затем последующей «практической реакции». Потому что процесс принятия нормативных решений, с этой точки зрения, представляет собой

⁶ Так, даже в свете микроанализа, в гомогенности права нет ничего, что не может быть одновременно гетерогенным (Varga Cs. *Domaine "externe" et domaine "interne" en droit* // *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*. 1985. № 14. P. 25–43; Varga Cs. *Law and Philosophy*. P. 99–117).

⁷ Критику см.: Ryle G. *The Concept of Mind*. Harmondsworth: Penguin, 1949.

разновидность практической реакции на некоторое установление фактов, а затем проверку такого установления и реакции на него в процессуальных рамках.

Отсюда можно вывести два заключения. *Первое*: в рамках нормативного порядка факты не могут быть выведены ни из происшедшего события, ни из какого-либо его осмысления. Нормативный порядок позволяет открывать (относительно одного и того же события) **столько же «основанных на фактах судебных дел», сколько заключений о юридических последствиях** можно вывести, обращаясь к обстоятельствам, которые могут быть обоснованы. *Второе*: никакое установление факта не может инициировать процесс только потому, что оно является истинным. Факт и/или его установление может послужить основой для инициирования процедуры только потому, что это установление было осуществлено **надлежащим образом для того, чтобы инициировать процедуру**. Следовательно, истинность факта имеет значение не с точки зрения права, а с позиции практической возможности его опровержения как недостоверного. Поскольку нормативной предпосылкой для начала процесса является не истинность предполагаемых фактов, а их доказуемость. **Истинность** установленных фактов и требование того, что их предполагаемая **доказуемость** будет проверена посредством процедуры **доказывания**, на самом деле представляют собой ни что иное, как рамки, установленные нормативным порядком и утверждаемые профессиональной юридической **идеологией**. Единственным подлинным ограничением является то, что, по крайней мере во имя и пределах действия права, эти рамки не могут быть опровергнуты или отвергнуты явно и недвусмысленно. С другой стороны, результат, достигнутый при помощи права, квалифицируется им самим как «окончательно доказанный», как «доказанный в процессуальном порядке» и, в конце концов, как «истинный». Таким образом, поскольку все компоненты участвуют в функционировании нормативной процедуры, на основе принципа *reductio ad infinitum* я могу сделать вывод о том, что в конечном счете право требует не истины, а **неоспоримого установления, сделанного со ссылкой на истину в порядке установленной процедуры**.

3. Как некогнитивная гомогенная деятельность

Представляется, что я говорю о различных характеристиках различных однородных сфер, даже если мой подход к рассматриваемым процессам определяется предположениями, стоящими за разработанными концепциями и проходящими в них операциями.

Если я хочу исследовать предмет, я использую или создаю категории и концепции, отражающие некоторое его движение и заявленные свойства, чтобы иметь возможность концептуализировать его параметры и принципы организации. Эти концептуальные инструменты являются определениями существования предмета. Потому что критерий их истинности — неважно отражают ли они его или нет и каким образом это делается — считается существующим независимо от них. В то же время, однако, эти инструменты делают свою работу благодаря силе моего определения. Поэтому в данном смысле они не могут быть не антропоморфными. Тем не менее, они также являются и **неантропоморфными**, по крайней мере в той степени, в которой я в рамках своего поведения буду делать все таким образом, что мое присутствие или простое физическое существование не будет иметь никакого отношения к тому, что эти инструменты на самом деле отражают. В качестве последующих концептуальных инструментов я буду создавать из них и при их помощи отдельные типы, в которых концептуализируются мыслительные конфигурации характеристик, формы организации и пределы изменений — независимо от того факта, появляются ли они в данном конкретном случае.

В том случае, когда я хочу оказать практическое воздействие на то, что существует независимо от меня (при условии, что это делается не просто при помощи физической силы, захватывающей предмет и проч.), единственным доступным мне посредником выступает язык — как в случае с мышлением. И следует заметить, что «язык выражает отражаемые им процессы в реифицированной форме — и чем более многосторонним он себя показывает как средство социальной коммуникации, тем более он соответствует действительности»⁸. В результате, каждый объект, событие и/или человеческая коммуникация, описанные при помощи языка, формулируются в квази-когнитивной форме, независимо от того, проявляют ли они какие-либо когнитивные черты. Конечно, это может привести к путанице. Если мое практическое действие опосредуется языком, я могу действовать только путем постоянного именования своего поведения и его контекста. Потому что я могу оказывать влияние на поведение других, путем его предугадывания и изменения его последствий.

В общем, есть две альтернативы вмешательству. Первая: у меня может возникнуть глобальный план [*Gesamtplan*], который точно

⁸ Lukács G. A társadalmi lét ontológiájáról II: Szisztematikus fejezetek [The ontology of social being: Systematic chapters]. Budapest: Magvető, 1976. P. 652.

будет провален. В этом случае моя попытка, возможно, по крайней мере отчасти не удастся из-за противоречий, которые обязательно появляются, и также из-за того, что интересы (в противоположность идеологическому правилу логократии) скорее всего будут вытеснять решения на уровне взаимоприемлемого компромисса. Вторая: я также могу действовать, определяя события или проблемы, в отношении которых я полагаю необходимым регулятивное вмешательство. С точки зрения сделанного выбора я начинаю концептуализацию, в первую очередь, посредством наименования. В этом случае ей не соответствуют никакие материальные соображения. Или, во-вторых, я также могу действовать, ставя перед собой цели и взвешивая последствия и побочные эффекты, вытекающие из их реализации. В этом случае само поведение и его наименование не имеют значения. Хотя независимо от выбранного пути, в конце концов я приду к формулированию типа(ов).

Типы, которые надлежит сформулировать, по необходимости будут случайными, то есть в принципе произвольными. Потому что типологизация — это ни что иное, как инструмент, искусственно созданный для того, чтобы проецироваться на реальность в ходе и для практического взаимодействия с ней. Он служит в качестве рамки для нормативных референций. Поэтому, даже несмотря на свой не антропоморфный внешний вид, этот инструмент является **антропоморфным**. Или, говоря другими словами: он не понимается как объект, отражающий реальность в целях ее осмысления. Напротив, речь идет о типах, проецирующих на реальность идеальный порядок, определенный на основе практических соображений о том, как следует формировать реальность. Следовательно, здесь не фигурирует никакая «объективная реальность», которой реальность должна соответствовать (с точки зрения эпистемологии), адекватно отражая ее. На самом деле, то, что она отражает, и то, что она себе предлагает в качестве критерия этого отражения, представляет собой исключительно то, что у нее «внутри».

Будьте уверены, это то же самое, что обычно происходит с любым человеческим выражением, объективацией и институционализацией. Те функции, что они выполняют, могут быть выведены из субъективной воли или ее общественного заместителя. Тем не менее, подобная редукция не может вести к результату, подлежащему идентификации, интерпретации или просто пригодному для дальнейшего анализа. Единственное, что остается, это языковое выражение, то есть, некий текст, созданный из набора знаков, опреде-

ляемых посредством социальных конвенций — так сказать, машина, созданная для передачи человеческих сообщений. В этом смысле последней идентифицируемой, интерпретируемой и аналитически полезной его частицей выступает форма его объективации. Потому что объективация есть ни что иное, как результат, показывающий, в чем и каким образом нечто неидентифицируемое, неинтерпретируемое и аналитически не обрабатываемое по своей природе получило объективацию⁹.

Другими словами: это **искусственное** создание, подобно всякому средству (кроме самой реальности), отражающему человеческую цель, направленную на переформирование реальности. С позиции онтологии, верно то, что ни одна поставленная человеком цель не может быть оторвана от реальности или ее когнитивного или квази-когнитивного концептуально-лингвистического образа. Однако подобное утверждение конечного онтологического единства все еще не предоставляет рабочего критерия для анализа, а также не имеет значения с точки зрения специфической операции частичного единства, о котором идет речь. Следовательно, раскладывание разновидностей поведения на искусственно установленные нормативные типы также не является осмыслением. Последнее скорее укоренено и определено исключительно практическим намерением, стоящим за стремлением к вмешательству и имплементации¹⁰.

В результате, то, что кажется когнитивным или квази-когнитивным, также получает свое выражение в однородной среде. То, что здесь выражается, вытаскивается из разнородности повседневной жизни, но оказывается в сфере, отличающейся от мышления, подчиняющегося различным однородным механизмам и демонстрирующего иной вид особенностей и отличительных черт. Мышление имеет к этому отношение только с точки зрения построения классификации и имеет значение в той степени, в которой события в конце концов определяются как актуализация ограниченного числа идеальных ситуаций.

Другими словами, «раскладывание по полочкам» в рамках судебного процесса направлено на сведение некоторого внешнего события, называемого фактом, к своеобразной конкретной актуа-

⁹ См.: Peschka V. Die Eigenart des Rechts. Budapest: Akadémiai Kiadó, 1988, ch. I, para 2.

¹⁰ Lukács G. A társadalmi lét ontológiájáról II: Szisztematikus fejezetek [The ontology of social being: Systematic chapters]. Budapest: Magvető, 1976. P. 217.

лизации обобщения понятия, нормативно определенного в нормативном контексте. Соответственно, для того, чтобы разумно описать особенности предмета, классифицирующая генерализация не использует свободные (то есть некодифицированные, а следовательно, бесконечно разнообразные) средства построения понятийных классов и логических категорий. Вместо этого в ее рамках осуществляется классификация событий в **закрытый** набор классов, готовый к использованию, будучи созданным и определенным ранее. В противоположность как мышлению, так и неинституционализированным нормативным системам (подобным морали): свободный отказ и применение концептуальной системы в праве не является ни осмысленным, ни разумным. Поскольку причина, по которой специфическая однородность правовых надстроек вообще получила развитие, лежит в природе правовых установлений, «получающих применение» на практике. По логике, любое нормативное «применение» может быть осмыслено только через сопоставление некоторого внешнего события, квалифицируемого в качестве конкретного случая нормативно определенного правового случая, с последствиями, вытекающими из актуализации правовых установлений.

Можно сказать, что нормативная **классификация** есть логическая предпосылка наступления того, что принято называть «правовым последствием». Это объясняет тот факт, что, с одной стороны, когнитивный элемент может иметь значение для классификации. Однако, с другой стороны, когнитивного элемента самого по себе недостаточно для того, чтобы составить, наполнить или заменить акт нормативной **субординации**. Предполагается, что субординация является рациональной в принятой системе принятия решений, то есть максимально рациональной. В условиях практики это означает, что субординация должна быть построена по принципу логического заключения, которому нет альтернативы. И все же очевидно, что в конечном счете за всем этим стоит работа **воли** того, кто осуществляет субординацию, и соображения практики.

4. Подобно воспроизводству права как системы

Что я имею в виду, говоря: «Я играю в игру»? Где границы игры и участия в ней? Как мы уже видели выше, игра воспроизводится благодаря самому факту участия в ней. Или посредством игры, в ее ходе и в качестве ее последствий, игра воспроизводится в своем нормативном контексте.

а) Требование нормативной замкнутости

Как все это возможно? Скажем, участие в юридическом событии, то есть выполнение юридических действий, получает квалификацию посредством **отсылки** к правовой системе, **объявляя себя** событием (или действием) **в рамках** нормативной сферы права, при условии, что это объявление принимается сообществом. С точки зрения аналитики, это предстает как последовательность перформативных действий, происходящих в институциональном контексте, в котором события создают право, непрерывно воспроизводя правовые установления. Давайте вспомним: «Правовая система тоже состоит лишь из коммуникативных действий, порождающих правовые последствия — она не состоит, например, ни из физических событий, ни из изолированного индивидуального поведения, которое никто не видит или не слышит. Она состоит исключительно из тематизации этих и других событий в коммуникации, рассматривающей их как имеющие юридическое значение и, таким образом, относящей себя к правовой системе».¹¹ В такой системе нормативная действительность постепенно переходит **от правового события к правовому событию**, сужая или расширяя сферу действия права. Можно сказать, практическое действие права существует через самовоспроизводство, гарантирующее его продолжительность во времени.

Право есть ни что иное, как **конвенционализированная практика**. У него нет другой формы существования. У него нет физических свойств и нет объективного существования.

Социальные институты как функции человеческих конвенций могут существовать только коммуникативно, путем обмена значениями. Их существование, таким образом, выводимо из социальной практики. «Любой знак сам по себе мертв. Что дает ему жизнь? — В употреблении он живой. — Вдыхается ли жизнь в него здесь? — Или употребление есть его жизнь?»¹² Очевидно, что институты есть объекты практики, которая вдыхает жизнь в конвенции и непрерывно воспроизводит их. По мере своего развития, социализация будет происходить не при посредстве институтов, но также благодаря на-

¹¹ Luhmann N. The Unity of the Legal System / Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society / Teubner G. ed. / Berlin & New York: de Gruyter, 1988. [European University Institute, Series A, 8] P. 19.

¹² Wittgenstein L. Philosophische Untersuchungen / Philosophical Investigations / trans. Anscombe G.E. / Oxford: Blackwell, 1953. Para 432. P. 128. [Витгенштейн Л. Философские исследования.]

правленности на дальнейшую институционализацию. Человечество как один из ее объектов, реифицирующих свою собственную практику, начинает относиться к конвенциональности собственной практики как к чему-то, данному от природы. У институтов начинается появляться своя собственная жизнь, подкрепленная их длительным существованием на практике, реифицирующим эффектом этой практики и реифицирующим признанием всего этого на практике. И все это в конце концов может привести к их все возрастающему отделению от конкретных индивидов и социальной среды, дающей им самостоятельную жизнь. В некоторых случаях и на уровне индивидуального сознания «эта абстракция имеет такую же онтологическую строгость в фактичности, как машина, которая переезжает через вас»¹³.

Позвольте отметить, что привязанность к практике является *необходимым условием* любой связи в том смысле, что «как только [...] она обретает позитивированный характер, ей одновременно будет противопоставлен субъект»¹⁴. В результате любой феномен, привязанный к практике, изначально *уподоблен процессу*. Между тем, осмысление реальности как процесса представляет собой хорошо известный методологический прием, предложенный онтологией¹⁵. В онтологии социального существования именно уподобление процессу дает ключ к пониманию всего. Соответственно, для системы (или контекста, или целостности) глагол «существовать» будет синонимом к совокупности взаимодействий, возникающих между компонентами.

Система **автономна**. Всякая и каждая единица, действующая в качестве элемента системы, создана системой. Система **самореферентна** и **самовоспроизводима**. Соответственно, ее существование лежит в плоскости институциональной практики самореференциальности, созданной факторами, осуществляющими действия по имя системы. Речь идет о практике, которая в конечном счете воспроизводит систему в ее тождественности и единстве. В этом смысле, система также является **нормативно закрытой**. Однако то, что является нормативно закрытым, одновременно («не

¹³ Lukács G. Marx's Basic Ontological Principles / trans. David Fernbach / London: Merlin, 1978. [The Ontology of Social Being 2]. P. 40.

¹⁴ Lukács G. Az esztétikum sajátossága [Die Eigenart des Ästhetischen] I. Budapest: Akadémiai Kiadó, 1965. P. 515.

¹⁵ Например, Whitehead A.N. Process and Reality: An Essay in Cosmology. Cambridge: Cambridge University Press, 1929.

как противоречие, а как взаимное условие») открыто для своей окружающей среды для того, чтобы у системы была возможность эту среду осваивать в нормативном плане¹⁶. Таким образом, замкнутость проявляет себя в виде «нормативного контроля», то есть так, как она воспринимает событие как юридическое событие — через самореференцию, при помощи которой система делает любое событие своей частью. В этом ключе я мог бы даже добавить, что именно нормативная закрытость (выраженная в нормативном контроле) устанавливает рамки и границы того, что открыто. Поэтому я даже осмелюсь заявить, что именно **посредством закрытой саморефлексивности и нормативной процедуры система переносит в сферу права все то, что открыто для того переноса**. В самом деле, именно в этом можно увидеть выборочность атрибуции юридических значений. Именно здесь процедурность будет предопределять весь юридический процесс, формулируя его проблематику, и именно здесь факты нормативно трансформируются в составляющую часть правовой сферы.

Да, утверждение, согласно которому «даже установление факта, свидетельствующего о том, что было совершено правонарушение, является конститутивной функцией суда», получает свое подлинное значение именно в этом контексте. Поскольку система открыта для окружающей ее среды исключительно для того, чтобы работать так, как подобает системе. В соответствии со всеми другими позициями, система является закрытой. То есть ни одна ответная реакция не может заменить собственную реакцию системы. Ничто, кроме при-сущих самой системе стимулов, не может дать начало некоему процессу или совершить какую-то из его операций. Потому что система функционирует подобно «черному ящику», обозримому исключительно при нормативной декларации того, что, *во-первых*, система берет исходные данные из окружающей среды и, *во-вторых*, продукты ее деятельности должны быть адресованы окружающей

¹⁶ Luhmann N. A Sociological Theory of Law / trans. King E., Albrow M. / London: Routledge and Kegan Paul, 1985. P. 113. Если рассматривать с позиции онтологии, открытость системы является первостепенным условием для ее освоения, а именно для введения открытости в практику ее функционирования как фактора практики. С точки зрения кибернетики, это открытость для изучения. Это не имеет никакого отношения к отражению реальности в эпистемологическом плане. В результате, при концептуализации эта дуальность — в качестве «нормативной замкнутости / когнитивной открытости», «когнитивный» — относится только к функциональному различению, обычно проводимому между «нормативными / когнитивными ожиданиями» в социологии.

ее среде. Или, по-другому, правовое событие полностью конституируется системой. «На место того факта, который обуславливает акт принуждения в перспективе некритического мышления, в юридическом мышлении встает процессуально установленный факт. Только такое установление является фактом»¹⁷. Это утверждение подразумевает, что «то, что на оперативном уровне рассматривается системой в качестве реальности, является конструкцией самой системы. Предположения о реальности являются структурами системы, которая их использует»¹⁸. В целом все, что существует объективно или появляется случайно или по логической необходимости, может стать элементом системы при условии, что все это было позитивировано системой тем способом, который позволяет говорить о нормативной замкнутости и внешней незаменимости.

Можно даже не говорить о том, что чистое представление об окружающей систему среде применимо к «восприятию» системой окружающей среды и ее чувствительности. То есть **оперативная закрытость** также будет применяться ко всему процессу **ввода данных**. В принципе, даже в идеале «для любой системы доступным является то, что доступно для ее собственных операций». Это, очевидно, сводит (относительную) целостность любого события к посредственно преобразованному представлению о нем. «Потому что все, что есть, сформировано через сведение разнообразия» в систему¹⁹. «Черный ящик», скрывающий ее функционирование, будет демонстрировать ту же автономию как при вводе, так и при выводе данных, поскольку и то, и другое предопределено структурным кодом системы и программированием ее процессов.

b) Открытость коммуникации о фактах

Представляется, что моему тезису об автономии и самовоспроизводстве права противоречит тот основополагающий факт, согласно которому право принципиально никак не отличается от любой другой формы социального существования, сводящейся при пристальном анализе к обмену знаками, например, от **коммуникации**. Это объясняется тем, что социальные системы воспроизводятся посредством коммуникации, а сама коммуникация — посред-

¹⁷ Kelsen H. The Pure Theory of Law / trans. Knight M. / Berkeley: University of California Press, 1967. P. 239, 240. [Кельзен Г. Чистое учение о праве. СПб.: Издательский дом «Алеф-пресс», 2015. С. 299].

¹⁸ Luhmann N. The Unity of the Legal System. P. 337.

¹⁹ Ibid. P. 339.

ством само-коммуникации. Таким образом, независимо от того, насколько функциональная особенность выражена коммуникацией в рамках права, она в лучшем случае может быть разновидностью конкретной коммуникации, включенной в общую социальную коммуникацию. То есть свойства общей коммуникации (ее конвенциональность, допущения, парадигмы и ориентиры и проч.) будут применимы также ко всем ее вариантам. «Представить себе язык значит представить некоторую форму жизни»²⁰. Иными словами, коммуникация в рамках права сохраняет (даже если в ней что-то упущено) семантику, синтаксис, прагматику и прочие свойства простого языка. В то же время полный набор социальных ценностей и парадигм, превалирующих в социальной практике, в самом деле участвует в обширной игре сообщества, которой является языковая практика. И даже нет необходимости говорить, что коммуникация в рамках любой отдельной однородной сферы непрерывно возвращается к всеохватывающей языковой игре. В этом (несмотря на все имеющиеся особенности в пределах однородности) все частичные практики на фундаментальном уровне лежащей в их основе гетерогенности постоянно взаимосвязаны и до некоторой степени переплетены.

И это, несмотря на автономность индивидуальных однородных сфер и соответствующих им законов, ставит данные сферы в зависимость от всевозможных **влияний социальных практик**. Именно таким образом они формируют так называемую социальную целостность. Потому что, если взглянуть изнутри, неважно, насколько автономной может быть деятельность субъекта по утверждению своего места внутри (а таким образом, и воспроизводства) системы — в конечном итоге, с точки зрения онтологии, произвольность, присущая системной неопределенности, довольно ограничена. «Так или иначе эти субъекты с самого начала противопоставлены (возможно, как в замыкании, приводящем к гибели) области деятельности, предоставленной им во всем процессе в любое время. Соответственно, определенное потенциальное единство будет распространяться на каждую сферу, не обеспечивая никакого абсолютного единства процессу (в смысле старого материализма или как логическое следствие, вытекающее из гегелевской логики)». В основном здесь имеется в виду свобода создателя средств. Хотя, если посмотреть с точки зрения онтологии, здесь вообще нет никакого произ-

²⁰ Wittgenstein L. Philosophische Untersuchungen. P. 8.

вола. «Формальная закрытость системы, свойственная подобным устройствам, может находиться в неподобающих отношениях с материалом, который этой системой отражается и который должен быть ею упорядочен, но некоторые из имеющихся у него сущностных элементов все-таки должны быть правильно «пойманы» как в мысли, так и на практике, чтобы он мог проявить свою регулятивную функцию». Таким образом, конечный результат целостного взаимодействия движений элементов социума и их очевидная произвольность составляют «потенциально взаимосвязанную систему» (здесь, снова и исключительно с точки зрения онтологии); результат взаимодействий индивидуальных однородных сфер будет также проявляться только как «определенное проявляющееся в качестве тенденции единство»²¹.

Диалектическое взаимодействие прогрессирующей партикуляризации (различия и дифференциации) и переустройство превалирующей целостности является основной чертой любого социального движения. В таком взаимодействии, именно с позиции присущей ему логики (например, с позиции такой концептуальной категоризации, как «ограничение права», «заклучение», «приложение», «соотношение»), любая (под)система будет отделять себя от других (под)систем. В реальной продолжительная обратная связь и подлинное взаимодействие должны превалировать. В теории это называется «когнитивная открытость». Тем не менее, в своем реальном функционировании система определяет произведенные операции и произошедшие в ней события именно внутри себя (независимо от возможных мотивов, которые могли на самом деле иметь место) и, таким образом, воспроизводит себя через самосоздание. В теории это называется «нормативная замкнутость».

Все предположения, воплощенные в процессуальных институтах, сформулированные правовыми доктринами и/или санкционированные юридической практикой (независимо от того, насколько в них развита идеология), воплощают практические соображения, необходимые для надлежащего функционирования права. Они могут вмещать в себе множество притязаний. Например, судебное установление фактов мыслится как идеал; процессуальные институты должны обеспечивать судебное мышление»; судебное доказыва-

²¹ Lukács G. 1) A társadalmi lét ontológiájáról III: Prolegomena. Budapest: Magvető, 1976. P. 296; 2) Marx's Basic Ontological Principles. P. 127; 3) A társadalmi lét ontológiájáról II: Szisztematikus fejezetek. P. 217.

ние и доказательства конструируются мысленно; получение истины в материальном мире, таким образом, является реалистической задачей; судебное мышление может подняться до уровня определенности тех мысленных компонентов, которые по отдельности могут быть признаны в качестве вероятностных. Фактически все эти предположения являются *обязательными* частями (как и компоненты профессиональной идеологии) некоторой разновидности применения права, которое в целом доказало свою **функциональность** в социальном бытии **путем надлежащего распределения имеющихся социальных потребностей**.

Такие составляющие могут быть, а в действительности и являются нужными для надлежащего построения и функционирования современного формального права — в той же степени, что и институты, введенные в действие профессиональной идеологией права и юристов (устанавливающей идеал нормативизма в виде, например, возможности и желанности социального посредничества при помощи правовых средств)²². Правда, нормативизм в этом смысле выступает за **верховенство права**, в то время как идеология — за возможность и предпочтительность **верховенства фактов** — для того, чтобы верховенство права материализовалось без какого-либо вмешательства права, установленного человеком. То есть верховенство права провозглашает идею **правовой определенности** через институционализированную **нормативную закрытость**, в то время как верховенство фактов провозглашает функционирование права, **построенное на фактах**, подлежащих доказыванию; такое доказывание основано на здравом смысле и подкреплено в своем функционировании **открытостью практики**. В итоге, когда верховенство права выступает за самоопределение права, верховенство фактов определяет, почему юридическая деятельность, несмотря ни на что не есть то же самое, чем она должна быть с позиции однородности повседневной практики и опыта.

В конечном итоге, два этих аспекта только в **совокупности** могут служить общему интересу, направленному на то, чтобы право работало социально осмысленно. То есть они, с одной стороны, должны гарантировать действие права таким, каким оно происходит на самом деле, а с другой стороны, гарантировать действие права в то время и в тех условиях, когда все нормативные предпосылки права будут выполнены.

²² Varga Cs. The Place... 2012. P. 152ff.

Подводные камни правового позитивизм (взаимно опровергающие и взаимодополняющие теории Кельзена и Шмитта)

- 1. Опасности интеллектуализма**
- 2. Основные факты из биографии Шмитта**
- 3. Шмитт и Кельзен**
- 4. О пограничных ситуациях**
- 5. Изменение сущности теории Кельзена**
- 6. Поляризация как путь к теоретизированию**

1. Опасности интеллектуализма

В сложные времена все, что мы делаем и не делаем, говорим или умалчиваем, представляет опасность. Жить или умирать в сложные времена, пытаться понять или просто уйти от реальности в массовую посредственность, разделять судьбу своего общества или стремиться к изгнанию в изоляции — все это одинаково опасно.

Что бы сделали люди вроде Анны Ахматовой, Хендрика Хофгена или даже Карла Шмитта, если бы им суждено было жить здесь и сейчас, а не в ином времени и месте? Стали бы эти люди плыть по течению, стали ли бы они подавленными и словно слившимися с окружающей усредненностью? Или они предпочли быть безнадежно сломленными давлением в их борьбе с крайностями, даже в одиночку, устремляясь, таким образом, к бессмысленному мученическому концу?

Если существует только одна истина, она одинаково проявляется всегда и везде. Конечно, она может быть окрашена контекстом эпохи, который способствует появлению дополнительных возможностей и обертонов. Но, если допустить, что подобный отпечаток может преобразовать что угодно в нечто иное, возможно ли в принципе понимание? Могу ли я понять Вас? Может ли моя культура постичь Вашу? Может ли мой чистый интеллектуализм, взращенный как заменитель жизни и избалованный каждодневным насыщением и безнаказанностью, понять жажду истины, присущую другим, кто, вероятно, лишь борется за индивидуальное или общественное выживание в драматичных ситуациях, безрассудно балансируя на грани? В конце концов, может ли моя без-

ответственность, переключающаяся от безразличия вольнодумцев даже на анархию (после ребяческого пресыщения комфортом и порядком), понять других, кто может судорожно искать спасение от национально-го унижения и беспомощности? Итак, в наше постмодернистское время почти неограниченной свободы, мы можем свободно судить о других людях. Однако примитивное выражение неодобрения с целью принизить других не требует более развитых манер или человеческих качеств, чем те поражения, с которыми нам в итоге пришлось бы столкнуться, несмотря на напряжённую работу и все приложенные усилия.

Истина одна, но она может проявляться в различных формах. Где же та, за которую мы должны бороться? Неужели мы неизбежно должны выступать в качестве самопровозглашенных *демиургов* при принятии всех возможных решений? Выбирать из имеющихся истин, суждений и, кроме того, способов их выражения? Однако, они могут быть нашим собственным творением; для других они могут казаться опасными и их необходимо будет уничтожить, сделав вид, будто бы ничего не произошло. В конце концов, мы должны взять все проблемы этого мира на свои плечи, как это сделал Атлас, и не важно, возникают ли они где-то далеко или же внутри нас. Или же, как говорится, тот, кто порождает их, будет нести ответственность за них.

Когда плоды человеческого интеллекта и его способность познавать мир стали отрицаться и осквернялись на протяжении полувека венгерскими коммунистами, у нас всё равно оставались основания полагать, что Дьердь Лукач, насмехавшийся над талантливыми рассуждениями Шмитта в работе «*Разрушение разума*», вряд ли бы мог выжить в самоуничтожающемся обществе большевизма. Ибо это была работа, напрямую переводящая все идеи и ценности на язык догматически жестокого мессианства, основанного на вере в мировую пролетарскую революцию только для того, чтобы изгнать и уничтожить всё то, что не могло послужить в качестве «иррационального» извращения, монстра¹. И вот здесь возникает достаточно парадоксальная мысль: неся на себе пережившее тяжкое бремя общего европейского прошлого, т.е. болезненный опыт красных и коричневых

¹ См.: работу Лукача «Die Zerstörung der Vernunft» (Берлин: Aufbau Verlag 1954) 692 с.; Тибор Лёффлер «Консервативная философия государства и права Карла Шмитта» (Carl Schmitt konservativ államés jogbölcselete) // Valóság XXXVII (1994) 11. С. 99–104. С. 99. Этот автор своеобразным образом упоминает о том, что столкнулся с образом «Голгофы в истории идей». См. также мое пояснение критики Шмитта в работе Лукача «Die Zerstörung» в моем «The Place of Law in Lukács' World Concept» (Budapest: Akadémiai Kiadó 1985, 1998). С. 193 и след. 3-е [репринтное] издание с послесловием (Budapest: Szent István Társulat 2012). С. 218.

диктатур XX в., теперь, кажется, мы снова движемся напрямую к ещё одной эпохе, жёстко контролируемой идеологией². В таком случае ответственность за (доходящие до греховности) мировосприятие, мысли и концепции, которые сами по себе вполне безобидны, возникает снова — в этот раз ведомая зарубежными флагманами едва закончившейся холодной войны, следствием которой стала бы догматическая доктрина либерализма, построенная таким образом, что новая идеология заменила бы собой религию старого времени³.

2. Основные факты из биографии Шмитта

Общеизвестно, что Карл Шмитт пережил приход национал-социалистов к власти, когда ему было 45 лет. Это как раз был период расцвета его карьеры профессора⁴. Имея мало возможностей для выбора или не имея их вообще, его реакция была достаточно типичной с точки зрения интеллектуальных, официальных и финансовых кругов, которые в то время играли важную роль. Ни его происхождение, ни его заслуги, ни приверженность идее развития своего народа не привели его к не-

² Ср., например: Paul F. Campos. *Jurismania The Madness of American Law* (New York & Oxford: Oxford University Press, 1998): «Rule of Law? Mania of Law? On the Boundary between Rationality and Anarchy in America» [на венгерском языке 2002] в «*Prudentia Iuris Gentium Potestate. Ünnepi tanulmányok Lamm Vanda tiszteletére*» / под ред. Nótári Tamás, Török Gábor. (Budapest: MTA Jogtudományi Intézete, 2010). С. 492–504.

³ См., например: вопросы, которые обсуждались на заключительном заседании семинара, состоявшегося 26 октября 2002 г. Перед участниками была поставлена задача раскрыть сущность дилеммы «Правовая культура против правовой традиции». Семинар проходил в рамках конференции, посвящённой эпистемологии и методологии сравнительного правоведения в свете европейской интеграции. Конференция была организована при поддержке Европейской Академии теории права в Брюсселе. Председатель конференции Патрик Гленн (представитель университета МакГилл, Монреаль, удостоен высшей награды Международной академии сравнительного права за его работу «Правовые традиции в мире: Устойчивое разнообразие права» [Оxford: Oxford University Press, 2000]). В своём заключении он заявил, что правовая «культура» не только вырабатывается как теоретическая концепция, но также может представлять «опасность». Отражая безраздельную приверженность немецких романтиков борьбе с универсализмом французских просветителей и в этом смысле являясь уникальным, правовая культура связана с тем, что имеет отличия. Вот почему Гленн утверждал, что выбрал «правовую традицию» в законе как основополагающий признак, помещающий право в контекст, и отказался от терминов, несущих отрицательный заряд. Или же, в духе лаконичной американской аргументации: либо мы взаимно принимаем традиции, невзирая на культурную исключительность, либо результатом могут стать события, которые происходили в Боснии и Ливане.

⁴ Описание жизни этого современного политэмигранта, см. в работе Карла Левенштайна «Диктатура и немецкая конституция: 1933–1937» (*Dictatorship and the German Constitution: 1933–1937*), опубликованной в Юридическом вестнике Университета Чикаго (№ 4 (1936) 1. С. 537–574).

медленной, принципиальной и бескомпромиссной конфронтации. Он принадлежал к числу людей, которые, погружаясь в глубокие раздумья о судьбе своего общества, переосмысливали опыт первых десятилетий XX в., а именно позор от поражения Германии в войне и последовавшее за ним ощущение полной беспомощности, которое длилось полтора десятилетия. Потеря направления в развитии Веймарской демократии не предлагала никаких разумных перспектив. Единственное, что преподносилось как возможный вариант выхода из кризиса — это продолжать идти по тому же жестокому пути, т.е. оставаться в том же положении, не предпринимая ничего, что не было желаемым или привлекательным в глазах людей, но что хоть как-то могло переломить безвыходную ситуацию. Период, когда Карл Шмитт был близок к представителям новой власти, продолжался лишь нескольких лет, но этого оказалось достаточно для выдвижения обвинений, которые затмили всё, что было сделано им ранее⁵. Как бы парадоксально это ни звучало, но из прожитых 97 лет, включая период назначения на должность профессора до личной трагедии в преклонном возрасте (после потери жены и затем своего единственного ребёнка), он посвятил только три десятилетия регулярной и интенсивной научной работе. В целом, этот период, из которого три года он был на должности *государственного юриста*⁶, послужил причиной его позорной репутации. Это впоследствии привело к осуждению его со стороны американцев и дальнейшему аресту в Нюрнберге американскими союзниками на два года.

3. Шмитт и Кельзен

Учитывая такую зловещую обстановку, можем ли мы вообще приступить к теоретизированию? Если мы не можем даже быть уверены, следует ли считать Шмитта злым воплощением тоталитарной аморальности или просто предвестником неизбежного краха правового позитивизма и политического либерализма?⁷ Как хорошо известно,

⁵ Ср., например, работу Питера Калдвелла «Национал-социализм и конституционное право: Карл Шмитт, Отто Кельройтер и дискуссия относительно природы нацистского государства, 1933–1937» (Cardozo Law Review 16 (1994) 2. P. 399–427), а также работы Бернда Рутерса «Entartetes Recht: Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich» (Мюнхен, 1988) и «Carl Schmitt im Dritten Reich», дополненное издание (Мюнхен, 1990).

⁶ Waldemar Gurian 'Carl Schmitt, Kronjurist des dritten Reich' Deutsche Briefe [ed. Otto Knab for emigree German Catholics in Switzerland] I (October 26, 1934), pp. 52–54, цит. по: Доминик Сегляр «Введение» к работе Карла Шмитта «Три типа юридической мысли» (Paris: Presses Universitaires de France, 1995). P. 27 [Право, этика, общество].

⁷ Вместо терминов «кризис» или «несостоятельность», в современной литературе, — например, Габриэль Гульен Калле в работе «Карл Шмитт в Испании: Граница между

правовой позитивизм и либеральная концепция государства уже тогда ставились под сомнение. Принимая во внимание их историческое развитие и последствия в то время, Шмитт, возможно, по праву поставил под вопрос их теоретическую обоснованность, исследуя их социальные основы и, в особенности, культурные, психологические и антропологические исходные посылки. Однако, то, о чём здесь действительно идет речь, — это не просто скептицизм как научная позиция, усердно отстаиваемая Шмиттом, а сама природа дилеммы Шмитта. Независимо от того, понимаю ли я теоретический интерес Шмитта как последующее обоснование его первоначального отрицания правового позитивизма и конституционного либерализма или как поиск исправления после осознания их провала, я вижу здесь скорее политическое обвинение, нежели подлинное теоретизирование с целью должным образом ответить на научные вопросы и историко-философскую перспективу систематизированных трудов Шмитта.

Сужение огромного количества поднятых им проблем лишь до юридической философии, восприятие определенной реакции — то есть, мощного дискуссионного противовеса — в трудах Шмитта дает возможность начать теоретизирование по существу. Как лаконично замечено в словах, ставших на сегодняшний день классикой: «Стал ли бы Шмитт децизионистом, если бы Кельзен не был нормативистом?. Никто никогда этого не узнает; но очевидно, что Шмитт возражал Кельзену во всем [...]»⁸. Бесспорно, ситуация и её контекст определенно оказывают влияние на то, как проводятся дебаты⁹; более того, они также могут прямо поддерживать концептуализацию искусственно противопоставленных противоположных идей¹⁰, в то время как причины возникновения интереса и его определённое направление, вероятно, могут быть обнаружены в личном восприятии Шмиттом настоящего как имеющего полярные тенденции («друг против врага»)¹¹.

политическим и юридическим» (Madrid: G. Guillén, 1996. P. 213), — предпочитают использовать термин «недостатки».

⁸ См. статью Джованни Сартори «Сущность политического у Карла Шмитта» в Журнале теоретической политики (1989. № 1. P. 63–75).

⁹ Энциклопедия Брокгауза (1942) сдержанно характеризует теорию Шмитта как «ситуативную юриспруденцию». См. статью Инго Мюллера «Furchtbare Juristen: Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz» (München: Kindler Verlag 1987).

¹⁰ Сам Шмитт ссылается на значимость Gegenbegriffsbildung в дискуссионной обстановке как «контр-концепции», для того, чтобы подчеркнуть его собственную контрастирующую точку зрения в своей работе «Hugo Preuß Sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre» (Tübingen: Mohr, 1930). P. 1.

¹¹ Например, Карл Шмитт «Der Begriff des Politischen mit einer Rede über das Zeit-

Возможно, Шмитт интерпретировал взгляды Кельзена, прослеживающиеся в ряде его трудов, начиная с 1911 г. и далее, до обобщения его идеи в «Чистом учении о праве» в 1934 г.¹², как призыв выбрать прямо противоположный путь, действуя в противовес Кельзену, четко обозначая ограничения и пределы ответа этого мыслителя. В конце концов, самозамыкание Кельзена в исключительности правового позитивизма и в логическом совершенстве, достигнутом в его «Чистом учении» (речь не идёт о возражениях против обоснованности его аргументации на лингвистико-логическом уровне) могло, и не без причины, оттолкнуть Шмитта. Аналогично, его отрицание с самого начала той идеи, что каждый должен взять на себя социально-историческую ответственность под эгидой правила о формальной однородности права и деонтологии профессии юриста, а также релятивизм ценностей (тождественный полному безразличию) и момент принятия решения, который он нашел пока еще скрытым за очевидной логичностью нормативного подтекста в любом правовом вопросе (никаким образом не подразумевающим и не порождающим какую-либо экзистенциальную ответственность в реальной жизни), могли обоснованно заставить его четко сформулировать свою собственную точку зрения.

Возможно, он считал, что предлагаемое Кельзенем «изъятие» права как правила из самого социального контекста права путем возведения его в ранг лингвистически сконструированного императива, обретающего юридическую действительность как искусственное овеществление, не могло быть ни чем иным, нежели самообманом, подобным варварскому акту создания замены Богу, ведущему в никуда. Ибо право не может быть — ни в качестве простого правила, ни в качестве лингвистико-логической референции через совокупность правил, — источником своего собственного обоснования, смысла и цели, доказательством и ограничением одновременно. По его мнению, понимание права лишь как правила игры имеет своей целью только наделение индивидуализма, присущего либерализму и разрушительного для любого гармоничного сообщества, скрытым идеологическим оправданием, которое исключает из человеческой жизни власть как таковую, в то же время лишая государство его роли определять ранее не подвергав-

alter der Neutralisierungen und Entpolitisierungen» (München: Duncker & Humblot, 1932). Ср. также Сандор Пехо «Норма и исключение: путь Шмитта к всеобщему государству» (Budapest: MTA Filozófiai Intézet, 1993).

¹² Об этом пишет Рудольф Аладер Металл в «Библиографии чистого учения о праве», включенной в переизданной работе Ганса Кельзена «Чистое учение о праве» (Leipzig, Wien: Franz Deuticke, 1934). P. 1–8.

шиеся сомнению основы социального бытия, и сводя роль государства к служению лишь сценой для борьбы, ведущейся противостоящими группами с целью захвата власти в данном государстве.

В соответствии с таким строгим подходом, любая материальная цель, то есть любая задача и материальный результат, для достижения которых государство и право возникли в истории человечества, становится абсолютно несущественной и совершенно случайной. Как если бы, когда люди объединяются, устанавливая институты, речь шла не о выживании (воспроизведении и обновлении) общества (сначала семейного, далее племенного, национального и т.д.), а лишь о замещении хаотичного насилия организованным принуждением между индивидами и случайными группами.

Шмитт интерпретировал исключительный формализм нормативизма Кельзена как берущий свое начало в распространенном преклонении перед Просвещением и в мифе рационализма¹³, который, полагаясь на некоторые структурные элементы католической теологии (начиная с исходной предпосылки основной нормы до ступенчатого строения права, принимающего во внимание всемогущего законодателя, который предопределяет доступное пространство, заполняя его по своему усмотрению), пользуется интеллектуальной схемой, характерной для некоторых деистических мировоззрений, а именно воспроизводя нечто с соблюдением необходимого баланса через собственную спонтанную, самосозидающую деятельность этого нечто, на основании данных материальных законов и оперативного регулирования. Шмитт установил, что предрасположенность либерализма к «дискуссионности» имеет схожие причины, а именно — склонность подменять принятие решений дискуссией¹⁴ и тем самым уходить от какой-либо материальности, надлежащей цели или миссии (путём выполнения какой-либо подлинной обязанности), помимо соблюдения правил игры и установления границ того, что может обсуждаться.

¹³ Шмитт критикует нормативизм Кельзена как воплощение «рационализма при верховенстве закона» в дискуссии о работе Германа Геллера «Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung» в «Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer 4: Verhandlungen der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer zu München am 24. und 25. März 1927» (Berlin, Leipzig: de Gruyter, 1928), Diskussionsreden. P. 168–189.

¹⁴ Хуан Донозо Кортес назвал подобный социальный агент «дискутирующим классом». Традиция возводит его к Ксенофону, который, осознавая разрушительную природу как общественного беспорядка [taraxê], так и нерешительности [akrisia], связывает мудрость государственного деятеля со способностью проводить различие между polemikon и presbeia [т.е. умение разграничивать те случаи, в которых нужно сопротивляться, и те, когда нужно выступать посредником].

Однако, осознавая значимость исторического момента и ответственности за его формирование в то время, он рассматривал эту интеллектуальность как сознательное разрушение, более того, как подлинную (государственную) измену в критические для нации времена, только лишь замаскированную беспристрастным методологическим формализмом. Или, если порядок, соответствующий Веймарской Конституции (рожденной из навязанных условий, последовавших за поражением в войне), не приводит ни к чему, кроме как к политической конфронтации без каких-либо надежд на улучшение (препятствующей эффективному функционированию государственного аппарата) — как он утверждал в противовес Кельзену по поводу конституционного суда — тогда эта исключительная ситуация, вызванная таким полным тупиком, наделяет исполнительную власть суверенной властью при принятии решения. Либо же решение должно быть в итоге принято, для того, чтобы избежать хаоса, и это тот самый момент, когда политическое явным образом выдвигается на первый план, в то время как право опустошено, у него отсутствует какой-либо дальнейший потенциал, так как оно больше не может предложить никакого определенного руководства. Участие Шмитта в этой дискуссии¹⁵ также помогло ему сформулировать свою собственную позицию¹⁶, в которой его теоретическое понимание имело решающее значение¹⁷.

¹⁵ См.: работу Карла Шмитта *Der Hüter der Verfassung* (Berlin: Duncker & Humblot, 1931), с одной стороны, и написанное Гансом Кельзенем «*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*» (1930–31), а также «*Das Urteil des Staatsgerichtshof vom 25. Oktober 1932*» (1932–33), с другой стороны. Ср. также статью Карлоса Мануэля Херпера «*La polémica Schmitt–Kelsen sobre el guardián de la Constitución*» (октябрь–декабрь 1994), а также работу Дэвида Дайзенхауса «*Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons?*» (*American Political Science Review* 1997. № 91. P. 121–134) и «*Legality and Legitimacy Carl Schmitt, Hans Kelsen and Herman Heller in Weimar*» (Oxford: Clarendon Press 1997), кроме того Джон П. Маккормик «*The Dilemmas of Dictatorship: Carl Schmitt and Constitutional Emergency Powers*» (в книге «*Право как политика: Критика либерализма Карлом Шмиттом*» / под ред. Дэвида Дайзенхауса (Durham, London: Duke University Press, 1998), с. 217–251).

¹⁶ «Удар кинжала в 1918 г. — ножа, которым Левиафан был разрублен на мелкие кусочки — правового оружия, используемого сторонами для того, чтобы ударить друг друга в спину — кинжала тех, кто в то время держал власть и закон в своих руках, и с которым он хотел избежать встречи — именно таким образом вспоминает их полемику его собеседник [...]. Кинжал как метафора гражданской войны! Здесь было уместно процитировать его любимого Донозо Кортеса: «Выбирая между диктатурой кинжала или меча, я бы предпочёл последнее», Никлас Зомбарт в работе «*Jugend in Berlin 1933–1943*», Ein Bericht, erw. und überarb. Aufl. (Frankfurt am Main: Fischer Taschenbuch Verlag, 1991). P. 258.

¹⁷ Carl Schmitt. *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* (München, Leipzig: Duncker & Humblot, 1922).

4. О пограничных условиях

Вначале я задам предварительный вопрос: при том, что пограничные ситуации могут иногда разрешаться драматически — падением государственной власти или сердечным приступом у кого-либо, вопрос заключается в том, где и когда становится очевидным, как функционирует социальная организация и человеческий организм? В повседневной жизни? Или в исключительных пограничных ситуациях? Что на самом деле есть доверительные партнерские отношения между людьми? Сохраняются ли они лишь в течение медового месяца и в счастливые безоблачные дни? Или же партнерскими могут называться лишь проверенные временем отношения между людьми, которые сохранили свою привязанность по отношению друг к другу, несмотря на трудности совместного преодоления самых серьезных конфликтов? Итак, в ситуации, где Г. Кельзен не усматривал никакой проблемы, К. Шмитт, кажется, смог выявить сущность обыденности (правда, в дальнейшем эта проблема мало изучалась в силу установившейся однозначности в решении этого вопроса и отсутствия острой необходимости дальнейшего обоснования) — т.е. инерцию и саморазвитие логизма, устанавливаемое в практике и посредством её. В понимании К. Шмитта, позиция Г. Кельзена была приемлемой с точки зрения общей характеристики, но ни в коем случае не как объяснение и ещё менее как уточнение в системе конечных принципов. Таким образом, вопрос о том, какой внутренний потенциал может быть мобилизован каким-либо субъектом общественных отношений, проявляется в способности последнего дифференцированно реагировать на различные кризисные ситуации, а не в повседневном, лишённом проблем функционировании. И при условии, что потенциальные возможности, способности, границы возможного могут быть определены только в условиях критической ситуации — именно заданные извне условия будут фактором, который поможет определить рассматриваемое функционирование¹⁸. Или, про-

¹⁸ Это составляет основу отдельной научной проблемы в европейской науке. См., например, Эрнст Фохштофф «Über Maßnahmegesetze' in *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, 12. Juli 1855 — 9. Juni 1955», hrsg. Otto Bachof (München: Izog, 1955), с. 221–236 (переиздано «Rechtsstaat im Wandel Verfassungsrechtliche Abhandlungen, 1950–1964» (Stuttgart: Kohlhammer, 1964), с. 78–98 [Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik e.V. Mainz, 6]); Питер Шнейдер «Ausnahmezustand und Norm Eine Studie zur Rechtslehre von Carl Schmitt» (Stuttgart: Deutsche Verlags-Anstalt, 1957) [Quellen und Darstellungen zur Zeitgeschichte 1]; Кристиан-Фридрих Менгер «Das Gesetz als Norm und Maßnahme» в «Das Gesetz als Norm und Maßnahme» hrsg. Christian-Friedrich Menger (Berlin: de Gruyter, 1957), с. 3–34 [Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 15]; Конрад Хубер «Maßnahmege-

двигаясь на шаг вперёд в наших рассуждениях (и приближаясь при этом к близкой нам области знания), на вопрос о том, что всё-таки означает «простой случай» в повседневной рутине, можно дать ответ с использованием понятия «сложный случай»¹⁹, хотя и не совсем оправданно. Концентрация внимания на изучении пограничных ситуаций и на необходимости введения разграничения при принятии таких решений позволяет провести границу в том же смысле и с тем же результатом, с которым это делал Джон Ролз. Он критиковал принципы пограничных ситуаций (чтобы убедиться, учитывают ли эти принципы все возможные случаи), давая описание таких принципов в рефлексивном равновесии, т.е. определяя, что эти принципы означают в конечном итоге²⁰.

Что касается механизма изучения права, то, выражаясь метафорически, можно сказать, что право функционирует без помех (направление развития определяется силой, сообщённой ему лингвистико-логическим контекстом, вследствие чего оно движется по инерции от этого полученного импульса), возобновляясь путём выполнения на практике ряда своих непосредственных функций до тех пор, пока такое течение не встречает какого-либо препятствия. Другими словами, каждая ситуация переключается с обыденности на необходимость нахождения особенного, индивидуального решения. В этом смысле, согласно Шмитту, позиция Кельзена верна. Однако, как только движущая сила исчезает, или на пути развития появляются какие-либо препятствия, требуется новый импульс. Иначе говоря, как только первоначальные условия меняются или возникает новая ситуация, должно быть найдено конкретное решение. Методологически это означает, что сама природа права раскрывается в продолжительном характере его функционирования и в способности к постоянному развитию, эволю-

setz und Rechtsgesetz Eine Studie zum rechtsstaatlichen Gesetzesbegriff» (Berlin: Duncker & Humblot, 1963) 182 с.; Герман Гомес Орфанель «Исключение и норма в размышлениях Карла Шмитта» (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986), в особенности часть II, с. 153–188.

¹⁹ Ср. мои работы, посвященные данной теме: «Лекции о парадигмах правового мышления» (Budapest: Akadémiai Kiadó 1999) и «Парадигмы правового мышления». 2-е изд. (Budapest: Szent István Társulat 2012).

²⁰ К вопросу о рефлексивном равновесии: см. Джон Ролз «Теория справедливости» (Cambridge: The Belknap Press of the Harvard University Press 1971) на с. 20–21, 48–51 и 120, со ссылками на работу Нельсона Гудмана «Факт, вымысел и предвидение» (Cambridge: Harvard University Press 1955) на с. 65–68. Ср. мою работу «Теория юридического процесса: установление фактов» (Budapest: Akadémiai Kiadó 1995). Пример изучения конкретного случая см. в: Норман Даниэльс «Юстиция и оправдание: рефлексивное равновесие в теории и практике» (Cambridge: Cambridge University Press 1996).

ции. Поэтому при более детальном рассмотрении проблемы позиция К. Шмитта, кажется, выходит за рамки теории Г. Кельзена — более того, она дополняет последнюю. Таким же образом, функционирование права есть автоматически самообновляющийся формализм, описанный с позиции нормативизма, со временем дополняемый по мере необходимости автономией суверенного (а значит и политического) решения, которое должно быть принято в сфере, лишённой какого-либо правового формализма. Подобная актуализация устанавливает новые границы закона (тем самым переосмысляя его значение) в условиях, изменившихся по сравнению с заданными.

Возникает вопрос о том, является ли эта формула, основанная на слегка механическом соединении частных выводов, единственным решением? Определенно нет. Даже К. Шмитт не был сторонником такой упрощенной позиции.

Выводы, к которым мы пришли, могут быть выражены в следующих схемах:

- функционирование права = Г. Кельзен + К. Шмитт, что может быть преобразовано в краткую формулу:
- функционирование права = Г. Кельзен, К. Шмитт == К. Шмитт

Итак, то, что в конечном итоге является определяющей силой, будет той силой, которая действует при ограничивающих условиях. Герменевтический подход, включая дилемму «определение значения» или «предопределение значения»²¹, обуславливает, что я могу логически попытаться направить решение правовой проблемы, пропуская её через пути рассуждения, диктуемые фактами (обобщенными и переосмысленными по сравнению с первоначальными фактами), что может породить прецедент и впоследствии возвести его в статус устоявшихся случаев, применяемых в рамках установленного института. Таким образом, окончательное решение (определенное через принципы, правила и другие стандарты практики, с опорой на моральные ценности и стратегии) может встраиваться в последовательно развивающуюся юриспруденцию. Однако, несмотря на условности, вместо того, чтобы строить свое собственное суждение (как утверждение о том, что есть «право»), руководствуясь понятиями «право» и «факты», я могу лишь преобразовать сложную жизненную ситуацию (с противоречиями, которые могут возникнуть как побочные эффекты концептуализации, а также путём

²¹ См. статью Хаима Перельмана «Иметь смысл и придавать смысл» в журнале «Логика и анализ» (1962. № 5. Р. 235–250).

ряда логических прыжков) в конкретное заключение, в котором уже нет условностей и диалектики на дихотомическом языке права²².

5. Изменение сущности теории Кельзена

Поскольку прошли десятилетия со времен личной полемики между Кельзеном и Шмиттом в Веймарской республике, для потомков не имеет истинного значения, ссылались ли эти двое бывших коллег, (учитывая их происхождение и взгляды, устремления и ценности), друг на друга со времени прихода Гитлера к власти, а если да, то в какой мере и степени. При этом следует отметить, что Шмитт лично способствовал увольнению Кельзена с должности университетского профессора, хотя это и было неизбежно в эпоху нацизма. Их пути и направления исследования, их способы восприятия и источники вдохновения окончательно разделились в том, как они понимали и описывали кризис Веймарской демократии. Действительно, ученые пошли разными путями, но, тем не менее, не полностью отказались от своих прошлых перекликающихся взглядов. Совсем наоборот. Пусть они пошли этими путями, но с тем условием, что их труды были неизменно предопределены изначальной дилеммой, а также дальнейшим поиском её решения, что непрерывно привлекает внимание к их былому сотрудничеству и его последствиям.

Это тем более примечательно, если учесть, что наиболее значительная теоретическая поправка была сделана Кельзеном, чья жизнь не была обременена политическими драмами и трагическими событиями; он даже не был подвергнут гонению. Ибо (1) в 1925 г. он утверждал, что «правоприменительный акт является одновременно и правотворческим актом, т.е. правоприменение — это результат правотворчества, установление законности; и правоприменительный, и законодательный акт совместно представляют собой один из двух этапов в процессе создания права»²³, хотя менее чем за десятилетие до этого учёный заявлял, что в научном толковании закона всё же суще-

²² Ср. мои работы «Что будет после ухода систем правового позитивизма?» в изданной Мануэлем Атиензой, Энрико Паттаро, Марином Шульте, Борисом Топорниным, Дитером Видукелем монографии «*Theorie des Rechts und der Gesellschaft: Festschrift für Werner Krawietz zum 70. Geburtstag*» (Berlin: Duncker & Humblot, 2003). P. 657–676, а также «Теория юридического процесса: установление фактов» [1995] 2-е изд. {репринт} (Budapest: Szent István Társulat, 2011).

²³ Ганс Кельзен «*Allgemeine Staatslehre*» (Berlin: J. Springer, 1925) [Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften 23]. P. 233–234.

ствуется великая тайна, которую практически невозможно разгадать²⁴. Затем, (2) в 1934 г., Кельзен переформулировал теорию ступенчатого строения права, перенятую им у Адольфа Меркля в 1925 году, в соответствии с новым пониманием того, что применение права является одновременно созданием права. Каждый законодательный акт — это одновременно применение высшей нормы права и создание низшей нормы права» — т.е. правотворчество и правоприменение фактически соприкасаются на любом уровне ступенчатого строения права, что следует из сказанного ранее²⁵. Через десять лет, (3) в переиздании «Чистого учения о праве» в 1946 г., а затем и в 1960 г.²⁶, когда Кельзен гораздо более четко, сквозь логику своих ранних исследований определил конститутивность официального (т.е. особого и уникального) установления факта и нормы как исключительно продукта соответствующего юридического органа, в качестве критерия того, что входит в компетенцию. Кроме того, (4) Кельзен подчеркнул невозможность оспорить установление, которое уже вступило в законную силу и было принято в ходе соответствующей процедуры, что перевернуло его логику нормативных решений²⁷. Необходимо также осознавать

²⁴ «Юридически, это тайна [...]. Это великая тайна закона и государства [...]», о чем Ганс Кельзен пишет в своей книге «Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze» (Tübingen: Mohr, 1911) на с. 334 и особенно с. 441. Здесь поднимается вопрос о концептуальных функциях, т.е. является ли «чрезвычайная ситуация» у Шмитта тем, что раньше было рассмотрено Кельзеном, а именно тем, что в наши дни получило название непреодолимого «логического прыжка» и «концептуальной трансформации». Данные термины были введены Александром Печеником в статье «Неэквивалентные трансформации и право», опубликованной в изданной под ред. А. Печеника и У. Ууситало книги «Основания правовых аргументов» (Vammala: Vammalan Kirjapaino Oy 1979). Р. 47–64 [Публикации общества финских юристов, группа D, № 6] и в статье «Формализм, скептицизм нормы и юридический операционализм» [рукопись] — ср. мою работу «Теория судебного процесса» [сноска 20], параграфы 3.4–5.

²⁵ Ганс Кельзен в первом издании «Чистого учения о праве» [1934, глава V, параграф 31/f] признает, что «это определение никогда не может быть полным. [...]». Норма более высокого уровня относительно акта, совершающего её [...], всегда имеет характер структуры, которую должна заполнить норма» (Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik. глава VI, параграф 33. Р. 91).

²⁶ Ганс Кельзен «Общая теория права и государства», перевод Андерса Ведберга (Кембридж: Harvard University Press, 1946) [Правовая философия 20 века, Серия 1] и «Reine Rechtslehre: Zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage» (Wien: Deuticke Verlag, 1960).

²⁷ В данном контексте ср. мою статью «Теория правоприменения Кельзена: Эволюция, неопределённости, открытые вопросы» [1986] в книге «Теория судебного процесса», приложение I, с. 165–202 {& «Hans Kelsens Rechtsanwendungslehre: Entwicklung, Mehrdeutigkeiten, offene Probleme, Perspektiven» // Archiv für Rechts-

тот факт, что Кельзен, (5) вплоть до своей смерти не отказался от теории значения, а также надлежащей правовой логики, что укрепляло положения его «Чистого учения о праве» (надо признать, что все его неоднократные попытки их разработки сопровождались осознанием неизбежного провала, поскольку они вели к противоречиям)²⁸. В конце концов, всё это маневрирование представляет собой не что иное, как включение в его систему, построенную на культуре норм, понятия «решение» в качестве окончательного критерия, определяющего верное направление правового движения. Конечно, мы можем справедливо полагать, что теоретическое наполнение фактического действия в понятии «решение» выходит за пределы чистого децизионизма, по крайней мере, в понимании Шмитта²⁹. С другой стороны, это уже нельзя назвать нормативизмом, по крайней мере, в духе раннего Кельзена.

6. Поляризация как путь к теоретизированию

В конечном счете, ответ на вопрос о том, что существенно при поиске решения, лежит в изначальном значении и может быть применён только к истории идей.

Т.е. только в синтезе, сформированном «противостоящими концепциями»³⁰, возможность снятия противоречия между основными идеями получает дополнительное значение через двойственность, присущую акту «снятия», в котором нет места для исключений. Ибо синтез рожден именно конфронтацией «противостоящих концепций», приводящей к новой концепции, не присутствующей ни частично, ни полностью в отдельных компонентах. Как хорошо известно, противостоящие концепции означают не просто различ-

und Sozialphilosophie LXXVI (1990) 3. P. 348–366] и «A bécsi iskola» [Венская школа] в работе “Jogbölcslet XIX–XX. század: Előadások” [Лекции по правовой философии 19 и 20 веков] (Budapest, 2002), глава VII, с. 60 и все последующие [Bibliotheca Cathedrae Philosophiae Iuris et Rerum Politicarum Universitatis Catholicae de Petro Pázmány nominatae, Budapest].

²⁸ Прежде всего, речь идет о книге Ганса Кельзена «Allgemeine Theorie der Normen», hrsg. Kurt Ringhofer, Robert Walter (Wien: Manz, 1979).

²⁹ Социология права, культурная социология и антропология могут, конечно, определить, — на базе философии морали и социальной психологии, — какие виды нормативности входят в пространство, свободное от любого (официально применимого) позитивного права.

³⁰ Альф Росс в работе «К вопросу о юридической юриспруденции: Критика дуализма в законе» (København: Munksgaard, 1945) основал всю свою теорию на этом предположении.

ные концептуальные переменные аналитической идеи, но являются показателями разнообразия расходящихся путей решения проблемы, присущих разным культурам мышления³¹. Поэтому то, что казалось одинаковым, в действительности может быть различным, поскольку, выйдя за пределы своего изначального понятийного контекста и исключительности, они могли перерасти во что-то другое. Вспоминая споры вокруг применения законов в Германии четверть века назад, я считаю, что имеет место категоризация или зависимость, несмотря на тот факт, что они имеют подлинное значение, только когда дополняют друг друга. В любом случае, они не получают признания вследствие своей конфронтации поодиночке или вместе. Они получают его через их разрешение и, тем самым, растворение в герменевтическом синтезе³². Или, другими словами, они не имеют значения сами по себе, но отображают некую культуру через их совокупность, которая предоставляет исключительную среду для их толкования как таковых.

Это, в свою очередь, приводит нас к констатации того, что, собственно говоря, здесь имеют место извечные вопросы правовой философии, в которых никакая односторонность Кельзена и никакие преодолевающие противоречия поправки Шмитта (в условиях дегуманизирующей обстановки) не являются ни первым, ни последним ответом. Их конфликт — это просто короткий момент в длинной истории человеческого мышления, памятный прекрасный островок

³¹ Такое осознание отражено в предупреждении, которое Шмитт сделал уже в 1927 г., сказав, что, раз Кельзен не хочет, чтобы юриспруденция оказалась под влиянием политических сил правого / левого толка, это только усиливает «надежду, что теория права и государства будет осознавать свои фактические предположения и понимание, и таким образом, она будет лучше защищена от однопартийной политики и откажется от своего неэффективного и произвольного логизма». Эта цитата Шмитта приводится в работе Геллера «Der Begriff des Gesetzes...» [сноска 13], которого цитирует Клеменс Яблонер в работе «Ганс Геллер» (опубликовано в изданной под ред. Артура Якобсона и Бернгарда Шлинка коллективной монографии «Веймар: Юриспруденция кризиса» (Berkeley: University of California Press, 2000). P. 72).

³² Подробнее о теориях Артура Кауфмана см.: «Analogie und Natur der Sache Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus», второе издание (Heidelberg: Decker & Müller 1982) [Heidelberger Forum 12] и «Beiträge zur juristischen Hermeneutik sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen» (Köln, etc.: Heymanns 1984). Противоположную точку зрения высказывает Вильмос Пешка в приложении к «A jog sajátosságához» [Приложение содержит статьи о специфике права] (Budapest: Közgazdasági és Jogi Könyvtár & MTA Állam- és Jogtudományi Intézete 1992), см. мою работу «Теория судебной процедуры» (гл. 3, в особенности параграфы 3.6.1 и 3.9).

теоретического самопознания³³.

Эти двое мыслителей противостояли друг другу с исключительной теоретической силой и решимостью на фоне исторических трагедий, и именно это придаёт дополнительное значение формированию их взглядов³⁴. И до тех пор, пока возможность общества

³³ «Судебное решение в современной юриспруденции считается правильным, если другой судья в подобной ситуации принял бы такое же решение. Под «другим судьей» здесь подразумевается эмпирический тип судьи, живущего в настоящее время и получившего соответствующее образование. [...] Тот факт, что “соответствие решения закону” более не соотносится напрямую с его правильностью, не означает полного отказа от каких-либо объективных критериев в пользу субъективности судьи. Подразумевается, что судья [...] обязан стремиться к принятию такого решения, которое соответствует реальной практике. [...] Судебное решение правильно, если его можно предвидеть» (Carl Schmitt. *Gesetz und Urteil Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis* (Berlin: Otto Liebmann 1912). P. 64.

Дэвид Дайзенхаус обнаруживает схожие методологические проявления в других культурах при варьирующихся обстоятельствах в работах «Холмс и Карл Шмитт: вероятные напарники?» (*Brooklyn Law Review* 63 (1997) 1. P. 165–188) и «Почему Карл Шмитт? Введение» (в ранее цитированной работе „Право как Политика”. P. 1–20. Он рассматривает как ранние, так и поздние схожие модели — со времён полемики между Иеремеей Бентамом и Джоном Остином и аналогичного противостояния между Оливером Уэнделом Холмсом и Карлом Ллевеллином полвека спустя, — вплоть до спора между Гербертом Хартом и Рональдом Дворкином спустя ещё пятьдесят лет, что в совокупности привело к конфронтации в англо-американской юриспруденции, сопоставимой разве что с критикой Кельзена Шмиттом.

Помимо того, все подобные посылки в сфере континентального права и общего права вполне могут рассматриваться как часть двойственного утверждения, обобщенного современным критиком Шмитта (William E. Scheuerman 'Legal Indeterminacy and the Origins of Nazi Legal Thought: The Case of Carl Schmitt' *History of Political Thought* 17 (1996) 4, pp. 571–590), а именно: (1) свобода при принятии решений неизбежно проистекает из принципиальной неопределенности права, и (2) только однородность юридической практики может гарантировать предсказуемость и надежность. Следовательно, стоит отметить, что Шмитт уже в самой первой своей работе пришел к подобным выводам, тогда как Кельзен — лишь полвека спустя, к концу своего жизненного пути. Постоянство практики (см. п. 2 выше), однако, является одновременно и нормативным и фактическим концептом, демонстрируя ту же подобную двуликому Янусу двойственность в определении права (см. п. 1 выше), что и понятие *decisio* в рассуждениях Кельзена, за рамки которых удалось выйти Шмитту. Между двумя мыслителями можно найти и другие параллели, прежде всего в том, что касается раздельности понятий «сущее» (*Sein*) и «должное» (*Sollen*) (где внутренне присущее Шмитту неприятие формализма с самого начала привело его к более тонкому пониманию содержания этих понятий).

³⁴ В настоящей работе мы намеревались подробно остановиться лишь на одном аспекте трудов Шмитта, о котором уже велись основательные и ожесточенные дебаты, а именно на его обещании внести поправку (в качестве ответного вызова) в «Чистое учение о праве» Кельзена, где функционирование права объясняется внутренним принципом закономерного следствия. Однако то, что Шмитт,

гуманизироваться через познание остаётся актуальной для нас, мы должны размышлять о подобных полемиках³⁵ и учитывать уроки, вытекающие из спорных вопросов прошлого³⁶.

в конечном итоге, предложил, ни в коей мере не являлось детально разработанной теорией на основе контр-концепций. Иначе говоря, моей целью была попытка частично протестировать некоторые методологические положения его теории, не переходя ко всесторонним оценкам. По поводу таких оценок ср., например, Eleonore Sterling. 'Studie über Hans Kelsen und Carl Schmitt' Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie XLVII (1961), pp. 569–586 // Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus hrsg. Hubert Rottleuthner (Wiesbaden: Steiner 1983) [ARSP Beiheft, 18]; Hubert Rottleuthner. 'Substantieller Dezisionismus: Zur Funktion der Rechtsphilosophie im Nationalsozialismus', pp. 20–35 & Volker Neumann 'Vom Entscheidungs- zum Ordnungdenken: Carl Schmitts Rechts- und Staatstheorie in der nationalsozialistischen Herausforderung', pp. 153–162 // Ibid.; André Dorémus. 'Esquisse pour une mise en perspective des rapports entre Carl Schmitt et le régime hitlérien' La »révolution conservatrice« dans l'Allemagne de Weimar dir. Louis Dupeux (Paris: Kimé 1992), pp. 302–314 и, в особенности с. 308 — о «правовом персонализме» [potesta directa].

³⁵ Ср. также Paul Gottfried. Carl Schmitt (London: The Claridge Press, 1990); Ян Ian. Ward Law, Philosophy and National Socialism Heidegger, Schmitt and Radbruch in Context (Bern, etc.: Peter Lang 1992), в особенности Раздел С, гл. 7 и 8; Estudios sobre Carl Schmitt coord. Dalmacio Negro Pavón (Madrid: Veintiuno, 1996).

³⁶ О некоторых смежных вопросах ср. мои работы: «Природа права: Историческое сравнение правовой онтологии и правовой идеологии», «Природа права и правовое мышление», «Правовая доктрина: Методология и онтология».

Теория применения права Ганса Кельзена

(эволюция, проблемы и открытые вопросы)

Начиная со своих первых трактатов, Кельзен претендовал на формулирование всеохватывающей, великой теории. Его рассуждение проходит по собственному пути; в то же время проблемы, затрагиваемые в его наследии, как и вся его теоретическая деятельность, связаны с разрешением вечных вопросов. В результате труд его жизни состоит — помимо огромного числа книг — из невероятно многообразных эссе, критических размышлений и переосмыслений. И все же этой монументальной теории не достает подходящей доктрины применения права. И вся многочисленная литература, критикующая, высоко оценивающая или развивающая работу Кельзена, по-видимому, правильно отражает ситуацию, имеющую место в действительности, а именно то, что претензия на формулирование теории применения права не занимает в теоретическом наследии Кельзена центрального места.

Тем не менее в настоящей работе будет предпринята попытка раскрыть концепцию применения права, существовавшую с 1911 по 1960 гг. Подобный анализ как резюмирование чистого учения о праве и в целом, пути его правового теоретического мышления, может заключать в себе определенные уроки. Он может быть интересным в методологическом плане, а именно с позиции строгой дисциплины и последовательности структурирования теории, с одной стороны, и в то же время — в связи с теми вопросами, которые остались открытыми — в качестве выбора возможных путей внутреннего развития, нахождения дилемм, тревожных или воодушевляющих неясностей, в свете которых даже противоречивые выводы ставят знак вопроса над собственными концепциями и направлениями мысли философа. Теория применения права, изложенная в опубликованной после смерти Кельзена теории норм, рассматривает круг отдельных проблем. Следовательно, отдельное исследование необходимо для развития учения Кельзена с позиции теории применения права.

1. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (1911)

Первая работа Кельзена в сфере теории права, названная *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssätze* (1911), предопределяет проблематику его дальнейших исследований во многих элементах. Характерным является то, что она предполагает возможность дальнейшего развития без особенных противоречий и переломов. Позиция, выбранная мыслителем в этот период, прослеживается также из сознательного самоограничения в исследовании проблем и из того, о чем он умалчивает. В то же самое время, система, о которой говорит Кельзен, является довольно строгой и закрытой. Его подход к применению права может быть выведен как из его представлений об идеале правовой науки, так и из узкого толкования понятия *вменения*, которое рассматривалось философом в качестве центральной категории нормативной сферы. К слову: правовая наука есть геометрия формальных представлений; поэтому единственный фактор вменения сводится к нормам. Соответственно, **применение права**, является хоть и необходимым, но все же случайным фактором, а не **составной частью** юридического процесса.

В результате, ученый мало что мог сказать о «применении норм». Первым, на что он обращает внимание, является строгое различие, проводимое в зависимости от того, используется ли норма в качестве основы для референций для простого сравнения, или применяется в нормативном контексте, вызывая юридические последствия¹. Все же, независимо от того, используется ли норма как случайное мерило или приводит к (возможно жизненно важному) нормативному последствию, Кельзен не отмечает никаких отличий и никакой специфической черты, требующей дальнейшего исследования². Вторым принципом является требование применимости

¹ Kelsen H. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Tübingen: Mohr, 1911. P. 15–17. Когда мы ограничиваемся «простым сравнением совершённого действия с нормой и объективно обеспечиваем их гармонию», то «норма будет служить безразличным объектом сравнения» и «лишь мерилom того, что уже произошло». Очевидно, что здесь не нет места «волевому отношению». «Оценивая, является ли гора высокой или низкой, или движение — быстрое или медленное, мы используем те правила, которые не обладают нормогенерирующим значением» (Ibid. P. 15). Однако может сложиться иная ситуация. «Суждение, которое устанавливает соответствие данного действия с данной нормой или отсутствие этого соответствия, может соединяться с одобрением или неодобрением со стороны лица, выносящего суждение» (Ibid. P. 16).

² Более того, необходима только дифференциация. Иными словами, критерий существования нормы должен быть соединен с ее нормативным применением,

правовых высказываний к индивидуальным случаям³, и третьим — возможность институциональной применимости судом, как существенная черта права⁴. Соответственно, требуется лишь фактическая возможность судебного применения права; ни реальный процесс применения, ни его ход или результат не смогут привести в право никакого дополнительного существенного элемента.

Конечно, Кельзен не мог утверждать ничего другого в контексте своей теории. Фактически, он считал вменение единственной детерминантой нормы⁵. Между тем, тогда он уже заявил, что юридическая наука — как **«геометрия всего феномена права»** — рассматривает право в качестве формальной категории⁶; следовательно,

а точнее, посредством последнего — с компонентом Должного, присутствующим в каждой единичной норме. «Сущность нормы находится не в том, что она является правилом принятия решения, а в том, что она является таким правилом, которое будет рассматриваться с позиции принятого решения в качестве утвердительного или отрицательного суждения» (Ibid. P. 17). Но это перенесет нормативный критерий со значения нормы на обстоятельства, присущие использованию языка. С точки зрения структуры чистого учения о праве, это то же самое, что Кельзен подтверждает позже: действительность должна рассматриваться в качестве существенного признака понятия нормы: «словом «действительность» мы обозначаем специфическое существование, свойственное норме» (Кельзен Г. Чистое учение о праве. 2-е изд. / пер. с нем. М.В. Антонова и С.В. Лёзова. СПб.: ООО Издательский Дом «Алеф-Пресс», 2015. С. 20). В результате возникают сомнения вот такого порядка: является ли нормой то, что применяется не в качестве нормы? Что изменяется в норме при приобретении и утрате ею действительности? Иначе говоря, когда ее первичная действительность заменяется другим видом действительности? Является ли действительность права функцией человеческой воли, реально и конкретно поддерживающей ее? Что касается соединения, то так называемая **экспрессивная** концепция, находит критерий нормы в человеческом акте предписания, а **гилетическая** концепция, воспринятая современными теориями норм, находит критерий нормы в ее концептуальном значении. То есть оператор трансформирует описание в предписание (Bulygin E. Norms and Logic (Kelsen and Weinberger on the Ontology of Norms) // Law and Philosophy. 1985. N 4 (2). P. 145–163).

³ «Правило обычного права будет отличаться от морального права в том, что первое применяется к разрешению индивидуального спора, даже если с ним не соглашаются, именно в случае, когда с ним не соглашаются». Kelsen H. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Tübingen: Mohr, 1911. P. 35.

⁴ «Суд — символизирующий внешнюю организацию — настолько необходим для права, что из всех норм, которыми управляется сообщество и которым оно следует, в качестве *правовых* могут быть признаны только те, которые реально применяются судом (или, в более сложной государственности, и другими государственными органами)». Kelsen H. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Tübingen: Mohr, 1911. P. 236.

⁵ «Вменение строится единственно и исключительно на Должном, то есть на норме» (Kelsen H. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. P. 75).

⁶ «Благодаря своему формальному характеру, юридическая наука тоже может быть определена — правда, при помощи аналогии, подходящей не каждому аспекту права — как геометрия всего феномена права» (Ibid. P. 93).

правовые высказывания должны исследоваться с формальных позиций, в то время как прощупывание реального содержания должно быть предоставлено другим наукам⁷. Если смотреть на это с точки зрения согласованности теории, то Кельзен бесспорно прав. Если мы рассматриваем действие права с позиции его формального проявления, то реализация права является не более чем применением законченного, готового к использованию правового акта к индивидуальному случаю. Это никоим образом не изменяет правовое высказывание, а напротив, просто подтверждает его действительность в рамках данного случая, таким образом, переутверждая его. С формальной точки зрения, право само открыто в этом признается; вся структура, институциональная система и идеология современного права говорит об этом⁸. И даже если подходить к данному вопросу с другой стороны, вывод остается тем же. Если любое формирование права будет включено в эти процессы, это не отразится на формальной стороне; соответственно, формальное проявление не может никак на это отреагировать. Можно совершенно справедливо предположить, что любое содержание, скрытое за формальным фасадом, является просто irrelevantным, пока оно не отражается на форме; точно так же как определение сферы не может охватить в себе то, что находится внутри нее⁹.

Таким образом, принцип, о существовании которого можно сделать предположение из институционально-идеологической (утвержденной в порядке процедуры) структуры права, сводится к тому, что применение права есть не более, чем **переутверждение правовых высказываний** в отношении (и в качестве отражения) индивидуальных случаев. Сам Кельзен указывал на такое взаимодействие, в котором давление общества, воплощенное в праве, приводит к тому, что «сущее» превращается в «должное». Однако, чтобы сохранить согласованность своей системы мысли, ему пришлось

⁷ «Юридическая наука рассматривает только форму этого феномена, с содержание которого должны иметь дело социология и исторические и политические дисциплины [...]. В связи с наличием у нее особых когнитивных средств, наука о праве может создать подход лишь к одной стороне этого «правового» феномена» (Ibid. P. 92).

⁸ Varga Cs. *Logic of Law and Judicial Activity: A Gap Between Ideals, Reality and Future Perspectives / Legal Development and Comparative law* / Budapest: Akadémiai Kiadó, 1982. para. 2. P. 52 et seq.

⁹ «Похожей методологической ошибкой было бы исследовать материал, который в данном случае скрывает ступенчатая форма права» (Kelsen H. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. P. 93).

признать вышеуказанные переходы внешних явлений в систему права, подчеркивая, что в рамках права и с помощью его конструкций они не могут быть «схвачены»: представлялось невозможным ни определить, ни объяснить, ни подтвердить их изнутри¹⁰.

2. Allgemeine Staatslehre (1925)

Спустя полтора десятилетия (в 1925 г.) в заключении к своей «Общей теории государства» Кельзену пришлось предложить более детальное объяснение. Как видно из расширения темы исследования, управление стало рассматриваться ученым не просто в качестве одной из обязанностей государства¹¹, а как деятельность, строго юридическая и осуществляемая в рамках формального права¹². В результате, административная **дискреция** (то есть право свободного взвешивания всех *за* и *против*) в пределах административных действий также вошла в круг проблем применения права. В конечном счете, в масштабе всей теоретической перспективы, применение права становится деятельностью, наделенной автономным значением и содержанием. В то же самое время, формализм, свойственный объяснению данной позиции, остался нетронутым. Ранее Кельзен считал применение права лишь средством вменения, происходящего на основе норм и подчиняющегося только данным нормам. Теперь же применение права превратилось в некую разно-

¹⁰ «Как правовое предписание, которая не применялась в течение долгого времени, перестает быть нормой, или как нарушение обязательства, существовавшего в течение нескольких лет, постепенно приводит его к потере своего обязывающего характера, то есть как Должное разрушается из-за Сущего, или наоборот — все это является ситуацией, которую невозможно постичь посредством формальной юридической конструкции, или формально-юридически, это — тайна». (Ibid. P. 334). Другими словами, «должна быть точка, в которой ход социальной жизни постоянно воздействует на государство; должна быть переходная область, в которой аморфные элементы общества выкристаллизуются в прочную форму права и государства. Эта область обычая и морали, экономики и религиозных интересов, преобразовавшихся в правовые предписания, в суть государственной воли — и этой областью является законодательный акт. Это — великая тайна права и государства [...]» (Ibid. P. 411).

¹¹ *Hauptprobleme der Staatslehre* в рамках рассмотрения «юридических обязательств государственных органов» (гл. 19) исследует комплекс проблем общественного *управления* (и свободного взвешивания — внутри него), не останавливаясь подробно на отправлении правосудия и применении права.

¹² *Allgemeine Staatslehre* в рамках исследования «установления общественного порядка» останавливается на аспектах «управления как применения права» (Kelsen H. *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Springer, 1925. § 35, para. C) и «законодательства и применения права». (Ibid. § 33, para. F).

видность правотворчества. В этом отношении Кельзен не отказался от своего формального подхода или от принципа правового вменения; он просто **расширяет нормативную основу вменения** — формально понимаемого в качестве правотворчества — при помощи акта применения права.

Его новая позиция может быть кратко выражена в следующих пяти тезисах: во-первых, применение права является средой, в которой общая абстрактная норма принимает индивидуальную конкретную форму¹³. Во-вторых, применение права в этом отношении является не просто реализацией, а скорее **созданием индивидуальной нормы** на основе общей¹⁴. В-третьих, все это вместе представляет собой не просто повторяющееся выражение принятого закона, но и **создание чего-то в дополнение к нему**¹⁵. В-четвертых, так называемое свободное взвешивание (то есть возможность действия по усмотрению), упомянутое в процессе принятия решений, не является извращением сути административной деятельности (как не является и ее характерной чертой), но есть свойство применения права, теоретически присутствующее в каждом конкретном случае^{16, 17}. В-пятых,

¹³ «Без правоприменительного акта абстрактное право не сможет принять свою конкретную форму» (Kelsen H. Allgemeine Staatslehre. P. 233).

¹⁴ «Следовательно, правоприменительный акт [...] есть ни что иное, как индивидуальная правовая норма; а именно, индивидуализация и конкретизация абстрактной и общей правовой нормы» (Ibid. P. 233). «Соответственно, акт применения права является точно таким же правовым актом, правотворчеством, установлением права, как и законодательный акт; каждый из них является одним из двух шагов в процессе создания права» (Ibid. P. 233–234).

¹⁵ «Решение суда называется провозглашением права, юрисдикцией, как будто оно просто провозглашает в общей норме то, что уже было правом» (Ibid. P. 233).

¹⁶ «Подобно тому, как имеется существенное различие между абстрактным понятием и конкретным концептом, должно быть и необходимое различие между высшей и нижней ступенями конкретизации права, и это различие является так называемым свободным взвешиванием» (Ibid. P. 243).

¹⁷ «Если принять во внимание, что *три* традиционных функции: законодательная, судебная и исполнительная, могут быть по сути сведены к *двум*, поскольку судебная и исполнительная могут быть одинаково включены в понятие исполнения законов, то мы поймем, что противопоставление правотворчества и правоприменения, выражаемое противопоставлением создания права и его применения — *legis latio* and *legis execution* — ни в коем случае не абсолютно, а очень относительно, выражая лишь отношения двух последовательных ступеней правотворческого процесса [...]. Принцип, согласно которому исполнение законов, осуществляемое органами публичного управления, должно *принципиально* отличаться от судебного исполнения, из-за «свободного взвешивания», применяемого в рамках первого, является несостоятельным, поскольку практически *каждый* исполнительный акт является предметом свободного взвешивания,

поскольку правотворчество не может быть полным и не может охватить все содержание, но может просто предложить относительное определение, то правоприменение обязательно получит независимое значение в юридическом процессе¹⁸.

По сравнению с первым тезисом, характеризующим применение права как односторонний, лишенный автономии процесс, испытывающий нехватку самостоятельности, новое объяснение предлагает многообещающий, динамический процесс, демонстрирующий определенную степень независимости. И все же этот новый взгляд не оказывает влияния на формализм, лежащий в основе взглядов Кельзена на право. Согласно позиции ученого, нормативная основа вменения все еще определяется законодателем. Отмечается лишь то, что применение права есть не более чем **рамка**, которая — с точки зрения творца права, но только с этой точки зрения — будет свободно заполняться теми, кто применяет право. Следовательно, изначально имея некую норму для вменения, правоприменитель будет действовать совместно с создателем права. Точнее, принимая во внимание конкретный процедурный выбор тех игроков, которые вступают в игру под названием «вменение», **правоприменитель непосредственно заменит создателя**. Интересно отметить, что обнаруживает и объясняет эту существенную черту применения права в связи с так называемым свободным взвешиванием (то есть дискрецией) в главе, в которой рассматривается исполнительная власть, а точнее административная дея-

осуществляемого исполняющим органом, потому что общая норма никогда не может полностью определять содержание правового акта, который должен ее индивидуализировать; хотя существование подобного правового акта возможно только в составе общей нормы, каким-то образом определяющей его» (Kelsen H. *Az államelmélet alapvonalai* [Grundriß einer allgemeinen Theorie des Staates. Wien: Als Manuskript gedruckt 1926]) / trans. Gyula Moór / Szeged: Városi Nyomda és Könyvkiadó Rt., 1927. P. 65–66, 71).

¹⁸ «Любое применение права, то есть конкретизация общей нормы, любой переход от вышестоящего уровня правотворчества к нижестоящему являются не более чем заполнением рамки, не более чем деятельностью в пределах границ, установленных вышестоящей нормой. Вышестоящая ступень никогда не может полностью определять нижестоящую; на нижестоящей ступени всегда будут присутствовать такие сущностные элементы, которые не присутствовали на нижестоящем уровне, потому что, фактически, в процессе раскрытия права больше не может появиться никаких дальнейших шагов: каждый последующий шаг будет избыточным». Или, в контексте управления и права: «Применяющий право чиновник будет принимать решения в соответствии с правом, ограничивать себя правом. Этот процесс может свободно проходить в пределах границ, установленных правовой нормой; это — свободное следование целям государства в пределах данным правовых ограничений» (Kelsen H. *Allgemeine Staatslehre*. P. 243).

тельность¹⁹. В соответствии с позицией Кельзена, применение права не порождает неограниченную или неопределенную автономию. Автономия проявляется себя только через следование законодательным актам в рамках процесса их реализации. Таким образом, автономия правоприменения является относительной: она не оказывает влияния на примат права. В результате, она не изменяет идеологическую картину действия современного права: вместо того, чтобы предельно уточнить детали юридического процесса, законодателю приходится ограничиться очерчиванием лишь структуры, которая обязательно допустит альтернативные решения, когда дело дойдет до деталей.

Стоит отметить открытость этой теории, несмотря на очевидно закрытый характер правотворчества; исходя из собственных принципов, она смогла развиваться в противоположном направлении. Так и есть: многоступенчатый процесс правотворчества может быть интерпретирован ограничительно, как отдельное проявление нормы. Он также может быть интерпретирован как набор различных вариантов выбора, повторяющийся во времени и прогрессирующий во время изменений — точно также, как он в действительности показывает себя в правовых культурах, основанных на прецедентном праве и судебной практике. Очевидно, Кельзен проделал попытку построить свою теорию применения права в первом направлении, то есть в рамках нормативизма; и все же, теоретически, он мог бы выбрать и социологическое направление.

3. *Reine Rechtslehre* (1934)

В период создания чистого учения о праве Кельзен инкорпорирует в него ранее полученные выводы о применении права, рассматривая их как самоочевидные и явные элементы своей новой теории. В то же время, они являются консолидированными, поскольку ученый расширяет их теоретическую основу.

¹⁹ Здесь философ не говорит ничего большего или иного об усмотрении по сравнению с тем, что он уже заявил в работе *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*: «Ни условия, при которых действует государство, ни характер и способ этого действия никогда исчерпывающе не определяются в правовых предписаниях [...]. Свободное взвешивание, осуществляемое государственными органами есть ни что иное, как неизбежное различие, существующее между абстрактной волей государства и конкретными действиями государства в том виде, в котором они были выражены в рамках управления» (Kelsen H. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. P. 504, 506). Следовательно, мы сталкиваемся не с применением новых тезисов, а с соединением проблем, которые ранее рассматривались по-отдельности, то есть с признанием общей сущности правоприменения и общественного управления с позиции формальной правовой рационализации.

Это относится, в первую очередь, к его ступенчатой теории (*Stufenbautheorie*), или теории градации. Эта теория сформировалась в 1925 г., когда рассуждая об этапах создания норм, Кельзен обратил к подчиненной структуре функций государства, обосновывая роль конституции²⁰. В настоящее время теория Кельзена стала фундаментальным принципом позитивного права и порядка, установленного им, и в то же время дает правовому порядку теоретическое объяснение²¹. В свете теории градации ступеней позитивное право представляет собой **иерархическую конструкцию**, в которой, начиная с основной нормы и до последнего акта применения права или сделки, каждый компонент является ступенью, ведущей от абстрактного и общего к конкретизации и индивидуализации. Таким образом, применение права по сути является длительным, постепенным процессом; оно больше не может пониматься в качестве актуализации абстрактной нормы, стоящей на противоположном полюсе. В указанной выше иерархической структуре каждый промежуточный шаг **двузначен**: он реализует вышестоящую норму в качестве правоприменительной конкретизации/индивидуализации абстрактной нормы; и в то же самое время в процессе дальнейшей конкретизации/индивидуализации он осуществляет правотворчество для нижнего уровня.

Здесь проявляется конститутивная роль правоприменения. Кельзен не только подчеркивает взаимозависимость и последовательное пересечение правотворчества и правоприменения (как противоположных сущностей)²², но и находит открытые параллели между судебным применением права (реализацией права) и действующим законодательством, ссылаясь на характер, ограничения и логическую открытость нормативного распределения права на каждом уровне²³. Точно так же творческие способности и относительно

²⁰ Kelsen H. Allgemeine Staatslehre. Berlin: Springer, 1925. Ch. VII. § 36.

²¹ Kelsen H. Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik. Leipzig & Wien: Deuticke, 1943. P. V.

²² «Противопоставление правотворчества (или создания права), с одной стороны, и реализации прав (или правоприменения) — с другой, отнюдь не имеет того абсолютного характера, который этому многозначительному противопоставлению придает традиционное учение о праве» (Кельзен Г. Чистое учение о праве: введение в проблематику науки о праве / Кельзен Г. Чистое учение о праве, справедливость и естественное право / пер. с нем., англ., фр.; Сост. и вступ. ст. М.В. Антонова / СПб.: Издательский дом «Алеф-пресс», 2015. С. 180-181).

²³ «Задача вывести из закона правильное судебное решение или правильный административный акт подобна задаче создания правильного закона в рамках

широкие просторы для маневров применения права в дальнейшем подтверждаются тем, что общественное управление в вопросах, касающихся правовой природы и ограничений применения норм, находится на одном уровне с судебной реализацией права. Точнее, если в 1934 г. — в связи с новизной этой оценки — философ подчеркивает сущностное единство этих двух явлений²⁴, то к 1946 г. в американском издании *Общей теории права и государства* он переформулирует соответствующий тезис с позиции теории государства²⁵; к 1960 году в исправленном и дополненном издании *Чистого учения о праве* данные утверждения воспринимаются как общеизвестные знания²⁶. Как следует из ссылок, Кельзен считает любой вид реализации любого вида правовых норм применением права; после того, как он коротко об этом упомянул, у него больше не нашлось ничего сказать по поводу этого единства²⁷. В результате, проблема дискреции, которая рассматривалась в европейской и англо-американской литературе в качестве источника свободы (даже произвола) в управлении обществом, стала особым вопросом применения права.

Наконец, и **вменение** следовало пересмотреть в свете этого нового подхода. Оно все еще является ключевым понятием, которое в

конституции. [...] Разумеется, между этими двумя ситуациями есть разница, но она лишь количественная, а не качественная. Эта разница состоит в том, что в материально-правовом смысле связанность законодателя намного меньше, чем связанность судьи, что при правотворчестве законодатель будет намного свободнее, чем судья» (Там же. С. 193).

²⁴ «Подобно судовому решению, управление может рассматриваться как индивидуализация и конкретизация законов [...]. Так [...] судебное решение или административный акт, вводящие индивидуальные нормы, — [...] это реализация закона» (Там же. С. 178-181).

²⁵ Часть вторая, II. G.b.: государственные власти или функции, законотворчество и исполнение: «Как исполнительной, так и судебной властью исполняются общие нормы; разница заключается лишь в том, что исполнение общих норм в одном случае поручается суду, а в другом — так называемым «исполнительным» или административным органам. Общепринятая трихотомия, таким образом, в основе имеет дихотомию — фундаментальное различие между *legis latio* and *legis executio*» (Kelsen H. *General Theory of Law and State*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1946. P. 255–256).

²⁶ Например, para. 45 втором издании *Reine Rechtslehre / vollständig neu bearb. und erweit. Aufl.* [1960]. Wien: Deuticke, 1983 изменяет формулировку para. 32 *Reine Rechtslehre*. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik. Leipzig & Wien: Deuticke, 1943 так, что она означает именно это.

²⁷ «Административные органы (особенно полиция) должны применять общие правовые нормы, устанавливающие уголовно-правовые санкции — такая деятельность отличается от судебного решения не по содержанию, а в зависимости от природы соответствующего органа» (Кельзен Г. *Чистое учение о праве*. 2-е изд. С. 325).

особом порядке проекций должного соединяет заданное поведение с его последствием. Однако это теперь не простая проекция принятой нормы, появляющаяся в результате применения нормы (как это было в концепции 1911 г.), и не конкретизация, появившаяся в двухступенчатом процессе правотворчества (как в концепции 1925 г.), а **арка, венчающая многоступенчатый, сложный процесс**. Одна колонна этой арки стоит на чисто гипотетическом источнике действительности; сама арка проходит над общими и абстрактными правовыми актами и их постепенными конкретизирующими и индивидуализирующими проявлениями, чтобы в конце прийти к реальному нормативному последствию, предусмотренному для данного случая. Таким образом, понятие вменения постепенно будет удаляться все дальше и дальше от своего первоначального способа применения, особенно связанного с правом; вместо этого, оно станет принципом, основанном на случайности (но больше на управляемым ей), то есть принципом, выражающим фундаментальные связи созданного человеком, искусственного мира норм²⁸.

а) Теория ступеней

Теория ступеней, спроецированная на присущем Кельзену понимании к правоприменению, приводит в двум последствиям.

Первое, это — **относительное единство процессов нормотворчества и нормоприменения**²⁹. Это означает *ab ovo*, что развертывание нормы является не логической необходимостью и не определенным процессом, а скорее творческим вкладом: тем, что принимает несколько альтернатив и поднимает их на нормативный уровень; каждое решение является одной ступенью в многоступенчатом процессе. В то же самое время следует заметить, что когда мы говорим о правотворчестве и правоприменении в рамках общепри-

²⁸ «При описании нормативного порядка человеческого поведения применяется этот другой принцип, отличный от принципа причинности, который можно обозначить как «вменение» [...]. «Вменение» — это термин для обозначения нормативных отношений» (Там же. С. 102, 119).

²⁹ «Правоприменение одновременно является правотворчеством. Вопреки утверждениям традиционной теории, эти два понятия не являются абсолютно противоположными [...]. Проведение различия между правотворящими и правоприменительными актами неудачно. Ведь если отвлечься от двух крайних случаев — постулирования основной нормы и исполнения акта принуждения, между которыми и разворачивается процесс права, — любой правовой акт одновременно является и применением вышестоящей нормы, и созданием нижестоящей нормы, обусловленной этой вышестоящей нормой (Там же. С. 292-293).

нятых конвенций и в манере, проверенной на протяжении истории (рассматривая их в качестве различных видов деятельности органов, выполняющих разные функции), и затем объясняем правоприменение как правотворчество, мы получаем разные понятия, накладывающиеся друг на друга. То есть **аналитические** понятия будут проецироваться на **описательные**. Результат анализа будет просто ограничен неким существенным аспектом данного процесса (аспектом, который может быть общим и для другого процесса, и поэтому не оправдывающий дифференциацию); тем не менее, этот результат не может оспорить разграничение правотворчества и правоприменения как социально институционализированных функций и видов деятельности, и таким образом, он не исказит основания подобного разделения.

Другой вывод Кельзена относится к иерархической природе **ступенчатого устройства права** и правового порядка. В соответствии с этим принципом весь нормативный процесс развивается между двумя крайними точками; эти крайние полюса являются основанием действительности правопорядка посредством гипотетической основной нормы (*hypothetische Grundnorm*) и случайной реализации последствий, привязанных к данному поведению в нормативном порядке. В рамках этих крайних точек нормативный процесс является ничем иным, как постепенно сужающимся нормативным разломом, в котором абстрактно-общее положение правового акта постепенно и беспрестанно конкретизируется до тех пор, пока не восстанавливается в некоем случайном событии³⁰. Соответственно, если первый вывод подчеркивает наличие творчества в процессе применения, то второй помещает реализующее (применяющее) творчество в более широкий контекст, обозначая его место в процессе индивидуализирующего разлома общего правового постулата.

Хотя Кельзен обозначает нормативное подчинение «низшей нормы» метафорическим термином, он заявляет, что правовой порядок, построенный как способ ступенчатой передачи юридической действительности, является иерархической системой³¹. В

³⁰ «Процесс, который начинается с конституции [...] и приводит к исполнению санкции [...], это — процесс постоянно нарастающей индивидуализации или конкретизации» (Там же. С. 295).

³¹ «Отношение между нормой, регулирующей создание другой нормы, и соответствующим образом созданной нормой может быть описано как отношение подчинения. Норма, регулирующая процедуру создания, является вышестоящей, а создаваемая определенным способом норма — нижестоящей. Правопорядок не

упомянутой иерархической системе применение права есть не более, чем создание индивидуальной нормы через реализацию общей правовой нормы. Кельзен считает, что применение общей правовой нормы имеет высшее значение и не допускает исключений — настолько, что он даже предполагает создание общей правовой нормы решением, основанным на двусмысленном положении права³². Он придерживается той же презумпции даже в отношении случая, когда относящееся к данному делу судебное решение используется в качестве прецедента³³; фактически за любым решением, использующим фикцию «общей, пусть даже и не позитивной, нормы материального права»³⁴, всякий раз, когда такое решение провозглашает запрещающее (отрицательное) высказывание — имея для этого необходимые полномочия — а имеет дело со спорным вопросом, который можно разрешить по усмотрению³⁵.

Таким образом, теория ступеней, с одной стороны, очерчивает **пирамиду**, стоящую на своем **основании**, поскольку весь юридический процесс строится на единой гипотетической основной норме. С другой стороны, она также показывает другую пирамиду, стоящую на своей **вершине** и наложенную на первую. Поскольку в самом конце индивидуальные акты реализуют общую и абстрактную действительность, выраженную основной нормой, в результате чего она получает свою конкретную форму. В то же самое время, мы должны помнить, что ступенчатое строение и его иерархическая структура имеют нор-

является системой равноположных, стоящих рядом друг с другом норм права — это ступенчатое устройство множества уровней норм права» (Там же. С. 278).

³² Где «заложенное в решении толкование обретает характер общей нормы» (Там же. С. 310).

³³ «Судебное решение по конкретному делу будет обязательным при решении схожих дел по причине того, что представленная в таком решении индивидуальная норма обобщается. Обобщение, т.е. формулировка общей нормы, может быть осуществлена самим судом, выносящим прецедентное решение; такое обобщение может также быть предоставлено другим судам, которые связаны прецедентным решением» (Там же. С. 310–311).

³⁴ «Суд тоже применяет общую норму материального содержания, хотя и не позитивированную» (Там же. С. 304).

³⁵ «Обычно говорится, что суд уполномочен действовать как законодатель. Это не совсем правильно, поскольку под законотворчеством понимается создание общих норм права. Вместе с тем, суд уполномочен создать только индивидуальную норму, действительную только для одного дела, рассматриваемого судом. Суд создает эту индивидуальную норму, применяя общую норму, от создания которой позитивный законодатель воздержался, но которую суд считает желательной, «справедливой». Только так может быть обоснована создаваемая судом индивидуальная норма — как применение непозитивированной общей нормы» (Там же. С. 304–305).

мативный характер. Другими словами, структура является нормативной не просто потому, что она состоит из норм, но и потому, что сам структурирующий принцип стоит на нормативных ожиданиях.

Тем не менее, если мы принимаем всерьез попытку Кельзена³⁶ ответить на вопрос «Что такое право и какое оно?», мы должны сразу озвучить свои оговорки. Кстати: принимать определенный характер и направление структурирования в качестве желанного — это одно дело, но следовать этому принципу в практике создания этих индивидуальных норм — совсем другое. Это различие еще более важно, поскольку, как будет показано ниже, каким бы ни являлось наше мнение о том, был ли правовой акт соблюден или нет, наше суждение должно покоиться на «особой, а точнее нормативной, интерпретации»³⁷. Что касается **нормативной интерпретации**, то мы должны видеть, что она не может существовать сама по себе: она может присутствовать только в нормативном контексте. Другими словами, только властный орган, действующий в пределах своей юрисдикции и полномочий, может создать результат нормативной интерпретации. Более того, в принципе мы должны констатировать, что в ступенчатой конструкции отношение между нормами различных уровней — то есть обуславливающими и обусловленными — не обязательно является иерархическим. Это также может быть отношение взаимосвязанных приоритетов, в котором проявляются лишь последовательность, истоки и основания действительности³⁸.

Точно так же можно поднять вопрос о том, оправдано ли или вообще необходимо дуалистическое использование теории ступеней в творчестве Кельзена? Нужно ли объяснять диалектическое отношение правоприменения и правотворчества через официальную иерархию источников права, идущую сверху вниз? Неизбежно ли то, что теория ступеней станет единственной возможной теоретической моделью объяснения основания действительности? Другими словами: является ли иерархические передача и дедуцирование действительности на основе вертикального принципа единственным способом, которым может быть продемонстрировано единство правопорядка? Для Кельзена его выбор естественной парадигмы мог казаться очевидным. Тем

³⁶ Kelsen H. *Reine Rechtslehre* Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik. P. 1.

³⁷ Kelsen H. *Reine Rechtslehre* 2. P. 4.

³⁸ Krawietz W. *Die Lehre vom Stufenbau des Rechts — eine säkularisierte politische Theologie?* / *Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen* / Krawietz W., Schelsky H. eds. / Berlin: Duncker und Humblot 1984. P. 266.

не менее, это привело к использованию таких моделей мышления, которые стали устаревшими даже для него. Это относится, например, к **цепи действительности**, основанной на гипотетической основной норме, выводящей действительность из внешнего и вышестоящего, и все же всеохватывающего источника, которая, в конечном счете, является трансцендентальной презумпцией. Она представляет собой не что иное, как «светскую форму естественно-правовых концепций, основанных на религиозных, относительно теологических соображениях», которая рисует право как совокупность иерархически вышестоящих- и под-чиненных установлений — хотя в реальности, в случае государственно-организованной правовой системы, это скорее всего будет «системой, не имеющей ни центра, ни вершины»³⁹.

б) Конститутивный характер применения права

Теория ступеней мало что может сказать о самом применении права; она скорее отмечает его место и истинное значение в рамках судебного процесса. Потому что самый важный вывод, который может быть выведен из теории ступеней, может сводиться к тому, что применение права — в противоположность традиционному значению, описываемому термином *jurisdictio* — не провозглашает, а создает право. Хотя Кельзену не удастся дать общее определение, чтобы сделать возможным создание теоретического принципа, все же его позиция недвусмысленна: применение права во всех отношениях имеет «конститутивный характер», и орган, которому оно поручено, осуществляет «конститутивную функцию». Важность применения права проявляет себя по-разному на разных стадиях процесса.

Первый шаг состоит в обнаружении того, что существует некая общая норма как действительная норма права⁴⁰. С точки зрения Кельзена, это служит двойной цели: действительная, применимая норма является естественной предпосылкой для применения права; в то же время — на более высоком уровне — это создаст правовую релевантность, то есть то, что в конкретном случае возникает как правовая ситуация⁴¹.

³⁹ Ibid. para. II. P. 269.

⁴⁰ Kelsen H. Reine Rechtslehre 2. P. 243.

⁴¹ «Только после закрепления через судебное решение некая общая норма, применяемая судом в конкретном деле, обретает действительность. С другой стороны, такая норма является действительной, если она принята согласно конституции — только при таком условии она будет применима к конкретным делам и сможет создать такую правовую ситуацию, которой не было до момента вынесения решения» (Кельзен Г. Чистое учение о праве. С. 297).

Если установление и выбор нормы имеют равный конститутивный характер, то это также относится к правовому определению фактов, составляющих случай (*Tatbestand*). Кельзен объясняет эту вторую ступень конструкции в пространном рассуждении, не лишенном противоречий. Соответственно, сразу возникнет вопрос, является ли незаменимым элементом правопорядка то, что когда некий факт получает квалификацию в нормативном аспекте, он будет (или должен) также указывать на **орган и на процедуру**, имеющие исключительные возможности квалифицировать данный факт как факт, имеющий юридическое значение. Несмотря на положительный ответ Кельзена⁴², представляется, что на самом деле это является практическим вопросом, который может получить свободное урегулирование в ходе законодательного процесса. Просто потому, что за отсутствием урегулирования, факт может быть объявлен юридическим фактом любым человеком в любое время, так что любой человек может действовать как официальный орган, применяющий право. По случайности, Кельзен сам понял это, хотя и в другой период и в другом контексте⁴³. Соответственно, некоторая степень формализации процедуры представляется в *общем* необходимой, но именно законодатель, исходя из практических соображений, в каждом случае будет определять ее условия, степень и характер. Само по себе представляется в равной степени убедительным то, что Кельзен рассматривает официальное признание факта единственным путем к установлению юридического факта⁴⁴; это, действительно, имеет такое значение, поскольку в своей реконструкции признание утверждает факт в качестве элемента нормы, прикрепляющей санкцию к факту»⁴⁵.

⁴² «Если правопорядок связывает с определенным фактом, выступающим в качестве условия, определенное последствие, то нужно также определить орган, который установит существование этого обуславливающего факта в конкретном деле, и порядок деятельности такого органа» (Там же. С. 297–298).

⁴³ В работе, изданной после смерти, написано: «1. Каждый человек должен держать обещание, данное другому. 2. Майер должен сдерживать свое обещание уплатить 1000 Шулльцу». В отношении этих норм «действительность нормы 2 основана на действительности нормы 1, независимо от того, кто принял норму 2. Потому что норма 1 не определяет того, у кого есть полномочия на принятие нормы 2. Любой может принять норму 2» (Kelsen H. Allgemeine Theorie der Normen. Wien: Manz, 1979. P. 214–215).

⁴⁴ «Установление факта правонарушения также является полностью конститутивной функцией суда [...]. Только в результате подобного установления фактический состав попадает в пределы права — из природного становится юридическим и за счет этого начинает существовать с точки зрения права (Кельзен Г. Чистое учение о праве. С. 297–298).

⁴⁵ «Ведь правовое предложение не гласит: «Если определенный человек совершает убийство, на него должно быть наложено определенное наказание»; оно гласит:

В то же время мы должны сразу же поставить знак вопроса после утверждения о том, что здесь в сущности и в каждом случае мы имеем дело с наличием **естественного факта**, трансформированного в **нормативный факт**. Если мы примем во внимание все обстоятельства и ситуации, которые могут оспорить официально установленный факт, идентичный факту, имеющему место в реальности, более того, когда мы вспомним об окончательном эффекте юридической силы высказывания, все сразу же станет очевидным: в формализованном процессе реальный факт замещается предположением о факте — то есть формальным и официальным объявлением о его значении для дела⁴⁶. Это, однако, согласно принципу и его реальной структуре, противоречит утверждению, согласно которому официальное установление факта, хотя является «способом не осмысления права, а его создания», все же указывает на параллель с осмыслением естественных фактов⁴⁷.

Третья область, в которой конститутивный характер применения права проявляет себя, это — **создание индивидуальной нормы**, путем дискреционного заполнения рамки, определяемой общей нормой. Как все чаще отмечал Кельзен, начиная с 30-х годов: условие, заданное законодателем, никогда не является исчерпывающим. Соответственно, обращение к усмотрению неизбежно в связи с компонентами; таким образом, применимое право не бывает простым определением, но также включает в себя рамку, подлежащую свободному заполнению⁴⁸. Позже сам Кельзен, говоря о интер-

«Если компетентный суд в рамках установленного правопорядком процесса юридически установил, что определенный человек совершил убийство, то суд должен наложить предусмотренное законом наказание на этого человека» (Там же. С. 299).

⁴⁶ «На место того факта, который обуславливает акт принуждения в перспективе неюридического мышления, в юридическом мышлении встает процессуально установленный факт. Только такое установление является «фактом» (Там же).

⁴⁷ Kelsen H. *Reine Rechtslehre* 2. P. 247.

⁴⁸ «Такое определение никогда не будет полным. Норма вышестоящей ступени не может определить во всех отношениях тот акт, через который данная норма будет реализована. Всегда останется большее или меньшее пространство для усмотрения, так что вышестоящая норма по отношению к осуществляемому через нее акту нормотворчества или нормоприменения будет иметь лишь рамочный характер, будет заполняться содержанием этих нижестоящих актов» (Кельзен Г. Чистое учение о праве: введение в проблематику науки о праве. С. 187). И далее: «Но и в случае, когда содержание создаваемой судом индивидуальной нормы предопределено позитивной общей нормой права, должно быть оставлено определенное пространство для усмотрения суда. Позитивная общая норма права не может предусмотреть все моменты, которые вытекают из особенностей конкретного дела» (Кельзен Г. Чистое учение о праве. С. 304).

претации права, особенно отметит: заполнение рамки в правовых границах, начертанных применимой общей нормой, полностью свободно. В то же время указанная свобода не идентична свободному взвешиванию и не является дискреционной властью, позволяющей предотвратить действие или уполномоченной что-то позволять или запрещать; это просто означает, что в пределах границ существующей системы регулирования детали, которые не испытали на себе воздействие такого регулирования, могут получить неограниченную конкретизацию (определение).

с) Теоретические вопросы

Работа Кельзена не проясняет совсем не малозначительный вопрос: в чем заключается теоретическое значение всего этого? В его изображении права весь юридический процесс состоит из **волевых** актов, имеющих правотворческое значение — за исключение последнего конкретно-индивидуального акта исполнения. Независимо от того, соглашаемся ли мы с этой позицией или нет, мы можем заявить, что это объяснение не способно доказать однородность различных компонентов правоприменительного процесса и их отражений с точки зрения их строения.

Указанное строение просто не может быть однородным. Что касается заполнения нормативной рамки по усмотрению, то уже было показано, что оно является результатом принятого решения. Таким образом, это — результат, основу которому может предоставить мышление; но одно лишь мышление не создает результат. Это, однако, означает, что особый процесс правоприменения представляет собой **единственный путь к результату** (не только потому, что результат наделен особым нормативным качеством, но и в свете всей его структуры и механизма). Другими словами, функция построения проявится посредством формирования фактического содержания.

С другой стороны, можно подумать над вопросом: в чем заключается построение порядка, если приходится рассуждать о применимом праве или факт должен быть установлен в порядке юридической процедуры? Бесспорно, в этих ситуациях мы не имеем дело с чистым мышлением. Совсем разные вещи, когда например, доктринальное исследование права рассматривает суть мышления или отношение между фактами и правом, и когда само право его предусматривает, то есть когда уполномоченный орган — действуя в порядке формальной процедуры — не только сужает результат, но и с

самого начала исключает открытую дискуссию по его поводу. Мы должны выбрать ответ, сказав, что в двух последних случаях мы сталкиваемся с прямым включением результата в право, то есть с «вмонтированием» его в правила игры права. Если смотреть на это с внешней стороны, можно сказать: все это является процедурной формализацией, формальным действием, выполненным в порядке процедуры. Другими словами, это — акт, который, независимо от любого мышления, может создать нечто дополнительное. Такой акт начинает свое движение в пределах нормативного порядка, вызывая формальную деятельность, и, следовательно, прямо запуская процесс вменения. Таким образом, его конститутивное значение, в первую очередь, относится к процедуре⁴⁹.

⁴⁹ Представляется, что временами Кельзен отмечает (описывая судебное установление фактов как параллельное процессу их познания), что процедурная конститутивность означает лишь познание, превосходящее правовой характер окончательного результата. Однако эта картина не берет в расчет то, что подобный тип так называемого установления факта происходит в условиях классификации в соответствии с моделями, предложенными позитивным правом. Таким образом, он прочно пересекается с квалификацией, созданной в границах нормативного процесса, имеющего безусловное, абсолютное завершение под условиями и для целей, отличающихся от познания» (См.: Perelman Ch. *La distinction du fait et du droit: Le point de vue du logicien / Le fait et le droit : Études de logique juridique* / Bruxelles: Bruylant, 1961. P. 271; Varga Cs. *On the Socially Determined Nature of Legal Reasoning // Logique et Analyse*. 1973. Nos. 61–62. P. 50–54; Varga Cs. *Law and Philosophy*, 1994. P. 317–374; Varga Cs. *Law-application and Its Theoretical Conception // Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. 1981. LXVII (4). P. 465–468; Varga Cs. *Rechtsphilosophische...* 1994. P. 150–164). В то же время, характерным для всей аргументации является то, что в своем фундаментальном определении она использует практические аспекты, отделяющие ее от теоретического мышления: вместо раскрытия черт, присущих предмету, она направлена к желаемой классификации (распределению и подчинению) в рамках набора понятий, определенных внутри нормативной системы. Если с точки зрения логики это подтверждает форму субсумции, все же система, которая использует распределяющую классификацию, ориентирована на практику, а не управляется соображениями эпистемологии. Сам процесс, в ходе которого происходит формальная юридическая классификация предмета, приобретает значимость за счет оценки той социальной желанности нормативных последствий, которые присоединяются к результату классификации. Следовательно, любой эпистемологический подход может иметь значение для опосредованного вывода юридической действительности (См.: Varga Cs. *The Place of Law*, 2012, Ch. 5, para. 4. P. 145 и далее). В то же самое время, представляется, что соотношение, существующее между естественным и нормативным языком на некотором высшем уровне, как и требование их согласованности, последовательности и поддержки со стороны социюридической практики нормативных классификаций, являются в настоящее время обязательными условиями всего нормативного процесса. Все это настолько глубоко укоренено в социальном бытии права, что некоторые теоретики считают такое соотношение «внутренней моральностью» права (См.: Fuller L.L. *The Morality of Law*. New Haven & London: Yale Uni-

d) Теория толкования

Теория толкования, созданная Кельзеном, также предоставляет свежую иллюстрацию особого характера и комплексности конститутивной функции применения права.

В первую очередь, философ проводит различие между познавательным толкованием (например, научным или доктринальным толкованием) и аутентичным толкованием, выполненным правоприменительным органом. **Познавательное толкование** определяет рамки, предлагаемые применимым правом, в которых заключены возможные значения и различные возможности принятия решений. **Нормативное толкование** выбирает один из вариантов, включенных в рамку, поскольку в конкретном случае применения права должна быть использована конкретная норма. Таким образом, первый акт является актом мышления, а другой акт, проявляющийся в создании индивидуальной нормы, является актом **воли**.

Кельзен подчеркивает, что заполнение рамки, определенной общей правовой нормой в ходе применения права более не ограничивается правом⁵⁰, поскольку любое нормативное воздействие на процесс заполнения рамок может осуществляться посредством свободного использования мета-юридической системы норм⁵¹. В результате, все проблемы, появляющиеся в ходе заполнения рамки, «изначально не является вопросом для мышления, направленного на познание позитивного права, это — проблема политики права»⁵².

versity Press, 1964. Ch. II; Varga Cs. Reflections on Law, and on its Inner Morality // Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto. 1985. LXVII (3). P. 444; Varga Cs. Law and Philosophy. P. 77–89).

⁵⁰ «Вместе с тем, с точки зрения позитивного права, нет критерия, на основании которого в рамках применяемой нормы можно было бы отдать предпочтение одной из имеющихся альтернатив [...] Бесплезно пытаться «юридически» утвердить одну из этих возможностей за счет исключения двух других» (Кельзен Г. Чистое учение о праве: введение в проблематику науки о праве. С. 191–192).

⁵¹ «Поскольку при применении законов необходимо установление соответствующей рамки, в пределах которой должен оставаться правоприменительный акт, то здесь остается место для познавательной деятельности. Но мы имеем дело не с познанием позитивного права, а с иными нормами, которые в могут быть упомянуты в процессе правотворчества, — нормами морали, справедливости, социальными ценностными суждениями, которые обычно обозначают броскими словами «народное благо», «государственный интерес», «прогресс» и т.п. О действительности и определмости таких слов нельзя ничего сказать с точки зрения позитивного права» (Там же. С. 193–194).

⁵² Там же. С. 426–427.

Таким образом, встает вопрос — является ли это вообще толкованием? Ответ довольно скептичен и противоположен взглядам Кельзена⁵³. Хотя вся современная критика происходит из учения Кельзена и может быть вполне обоснованной в пределах ее собственной логики, ей не удалось обнаружить сущностный дуализм юридического процесса — дуализм, который прослеживается во всех работах Кельзена и никогда полностью не отрицается. Он проявляется в том, что в соответствии с презумпциями, задающими основы для официальной правовой идеологии и для работы по ее внедрению в институциональную структуру⁵⁴, процессы, вытекающие из права, представляют собой аналоги **мыслительных** процессов; более того, очевидно, что они не могут быть отличены от последних. Что касается применения права, мы сталкиваемся с «**судебным установлением**» и действительности нормы, подлежащей применению, и фактической стороны дела. Вдобавок, познавательное толкование, согласно Кельзену, в первую очередь, устанавливает правовую рамку решения, после чего ему недостает только волевого акта, а именно решения, являющегося результатом аутентичного толкования. В реальности, судебное толкование (благодаря его нормативной среде и практической обусловленности) едва ли проявляет какие-либо черты, общие с научным толкованием. Более того, оценивать судебное толкование в качестве такового, путем обращения к его официально заявленной функции, будет само лицо, осуществляющее толкование. Между тем фактическая структура судебного толкования действительно отделяет его от любого другого вида толкования.

Несмотря на вышесказанное, схожесть с познавательным толкованием появляется, благодаря идеологически обусловленному единству цели и очевидной схожести структуры. Мы расцениваем

⁵³ Родольфо Сакко полагает, что «постоянное смешение толкования и применения» было непринципиальным. Поскольку Кельзен говорил просто о «наиболее удобном выборе метода толкования» (Sacco R. Il concetto di interpretazione nel diritto. Torino: Giappichelli, 1947. P. 176 pp. [Memorie dell'Istituto giuridico 2a, 60]). Марио Лозано обнаруживает, что приведенная в работах Кельзена идея толкования права является искажением идеи толкования. Так, в случае аутентичного толкования Кельзен заменяет идею интерпретации, основанную на структуре познавательного толкования, идеей о единственной функции толкования. В конце концов, Кельзен указывал на индивидуальное нормотворчество, которое выступает в качестве толкования (Losano M. Il problema dell'interpretazione in Hans Kelsen // Rivista internazionale di Filosofia del diritto. 1968. XLV (3–4). P. 213–215).

⁵⁴ См.: Varga Cs. 1) Moderne Staatlichkeit und modernes formales Rechts // Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae. 1984. N 26 (1–2). P. 235–241; 2) Recht-sphilosophische.... P. 77–89.

нормативное толкование в качестве толкования вообще, потому что принимаем в качестве идеального выражения результата его идеальной деятельности. Более того, оно считается толкованием, потому что выявление и определение смысла является одной из его реальных функций. Другими словами, каким бы ни был результат нормативного толкования, выявление и раскрытие значения должно быть обязательно включено в него, даже если речь идет о выборе. Следовательно, оно может похвалиться обладанием тем же статусом, что и логика в праве: онтологическое определение права делает их присутствие неизбежным, в то время, как реальные несовпадения будут — также неизбежно — индуцировать правовые операции другой однородности⁵⁵.

Если научное толкование нормы берет начало от самой нормы и имеет целью раскрытие ее сущности, то в нормативном толковании все это является переходным, посредственным этапом на пути к получению правильного практического ответа при обращении к этой норме, вызывающем к ее авторитету. Норма никогда не является целью или задачей, а есть средство, которое должно быть сформировано и должно придавать форму процессу нормативного толкования.

д) Взгляд на право с позиции процедуры?

В тексте *Чистого учения о праве* можно найти идею, явно не вписывающуюся в это учение со всей его органичностью. В зависимости от того, может ли эта идея быть инкорпорированной в доктрину Кельзена о применении права, может возникнуть сомнение относительно согласованности или свободы от противоречий всего творчества философа. Итак, в ходе аутентичного толкования выбор не обязательно делается из различных альтернатив, раскрытых в результате познавательного толкования. Также возможно, что индивидуальная норма, найденная таким образом, должна быть независимой от него. И если данное решение обладает **юридической силой**⁵⁶, последняя норма также станет окончательной в пределах правопорядка.

⁵⁵ См.: Varga Cs. *The Place of Law...*, para. 5.3.2; 5.4.2–3.

⁵⁶ «Путем аутентичного толкования (т.е. толкования нормы со стороны правового органа, который должен применить эту норму) не только реализуется одна из возможностей, выявленных с помощью эпистемологического толкования; здесь также создается норма, которая лежит далеко за пределами той рамки, которую представляет собой применяемая норма [...]; правоприменительный орган создает индивидуальную норму права и когда акт этого органа уже не может быть отменен, т.е. когда он обретает юридическую силу» (Кельзен Г. *Чистое учение о праве*. С.. 354–355).

Дилемма очевидна. Если мы принимаем основную доктрину *Чистого учения о праве* в части теории ступеней (то есть идею индивидуализации и конкретизации, осуществленных через разрыв общей нормы), то аутентичное толкование будет сужено — хотя и неоднозначно — до пределов категории, находящейся внутри познавательного толкования; единственная задача аутентичного толкования — быть тем вариантом из всех раскрытых при познавательном толковании вариантов, на котором остановился выбор. Если мы принимаем возможность выбора за пределами этих вариантов, норма будет не сужена, а скорее расширена; подобный выбор будет задействовать решение, взятое извне, вместо вариантов, ограниченных познавательным толкованием; но это нарушит интерпретативный характер аутентичного толкования. Такой подход основан, следовательно, на неправильном понимании, поскольку он объявляет о выведении за пределы рамки той нормы, которую он выбрал для применения. С другой стороны, если в теории ступеней мы остановимся на диалектике правотворчества и правоприменения, то есть когда мы допустим возможность творения в любой части нормативного процесса и ее конститутивное значение, тогда познавательное толкование будет сведено лишь к идеально-типичной, описательной категории, сопровождаемой волевым актом, который будет разделять аутентичное толкование от любого другого типа⁵⁷. Иными словами, это означает, что **вклад воли** в аутентичное толкование, демонстрирует **конститутивный аспект**, который, в свою очередь, делает возможным появление случайности под видом применения права.

Стоит отметить, что, хотя в тексте расширенного второго издания *Чистого учения о праве* вышеуказанные рассуждения могут показаться не имеющими последствий, случайными и даже не имеющими отношения к сути теории, все же они появляются не только в творчестве Кельзена. В американском издании *Чистого учения о праве*, то есть в *Общей теории права и государства*, после схематичного обоснования своей теории применения права, философ раскрывает свой принцип в качестве «конфликта, существующего между нормами, созданными на различных уровнях». Кельзен цитирует классический американский источник: «Епископ Хоудли сказал: «кто бы ни имел абсолютную власть толковать любые письменные или устные законы, именно он является истинным за-

⁵⁷ Kelsen H. *Reine Rechtslehre* 2. P. 351.

конодателем относительно всех намерений и целей, а не человек, который первым написал или высказал их; *a fortiori*, кто бы ни имел абсолютную власть не только толковать право, но и говорить, что есть право, именно он является истинным законодателем»⁵⁸. В работе Грея, ставшей источником для Кельзена, выводы сделаны коротко и обрывисто⁵⁹, и эти выводы Грея получили осуждение со стороны философа. Тем не менее, ему не удается заметить, что сам он просто заново утверждает то, что епископ Хоудли уже сказал⁶⁰.

Итак проблем Кельзена сводится к следующему: обоснование действительности нормы через вышестоящую норму предполагает то, что эта норма соотносится с вышестоящей нормой. Однако, установление этого соотношения (то есть, существует оно или нет) может быть осуществлено по отношению к праву только решением, через которое происходит применение права. Все это, следовательно, предполагает определенный процесс, проводимый определенным органом, то есть формализованный результат формальной деятельности: это конститутивный вклад. Однако, после того, как решение стало окончательным, путем приобретения юридической силы; когда больше нельзя оспаривать то, создал ли конститутивный вклад, сделанный при помощи акта применения права, «реальные» или «актуальные» компоненты в формализованном результате, то и тогда у нас нет абсолютной гарантии «реальности» и «актуальности» вышеуказанного соотношения⁶¹. После того как возможности обжалования или правовые средства были исчерпаны, за исключением любых дальнейших допустимых действий по делу, логика постулатов правового порядка утвердится в неизменяемом виде и превратится в логику, исключаящую все остальное.

⁵⁸ Gray J.Ch. The Nature and Sources of the Law [1909] 2nd ed. New York, 1927. P. 102.

⁵⁹ «Суды вдыхают жизнь в мертвое слово закона» (Ibid. P. 125).

⁶⁰ «Трудно понять, почему слово закона, которое, исходя из его значения, носит обязательную силу для судов, должно быть мертвым, в то время как судебное решение, которое, исходя из его значения, носит обязательную силу для сторон, должно быть живым» (Kelsen H. General Theory of Law and State. P. 154).

⁶¹ «Нижестоящая норма, как и вышестоящая, принадлежит к тому же правовому порядку только постольку, поскольку первая соотносится с последней. Но кто будет решать [...] ? Только орган, которому придется применить вышестоящую норму, может сформировать подобное решение. Также как и существование факта, с которым правовая норма связывает определенные последствия, может быть установлено только определенным органом в порядке определенной процедуры (и орган, и процедура определяются правовым порядком); вопрос о том, соответствует ли нижестоящая норма вышестоящей, может быть разрешен только органом в рамках определенной процедуры» (Ibid).

Таким образом, логическая реконструкция последовательности приводит к следующему результату: «правоприменительный орган либо на основе полномочий, предоставленный правопорядком, создает новое материальное право; либо он применяет существовавшее ранее материальное право по своему убеждению»⁶². Эта логика, как фундаментальная черта существования и действия правового порядка, полностью выверена, самодостаточна и самовоспроизводима. Настолько, что даже самые суровые факты жизни не могут посягать на нее, если только сам закон не предусматривает возможность юридической трансформации (то есть превращения данных фактов в юридические и их отстаивание в качестве таковых). По крайней мере, до тех пор, пока правовой порядок существует как таковой. Согласно этому утверждению, любой законодательный акт должен считаться **конститутивным, пока не доказано обратное**. Если подойти к проблеме с другой стороны, это означает, что, поскольку создание или содержание законодательного акта является конститутивным, но эта конститутивность не может проявиться юридически, то конституирующее положение, ответственное за этот «конфликт», должно рассматриваться просто в качестве предложения⁶³.

Кельзен отмечает это, но не раскрывает эти идеи в доктрине применения права; ему не удалось следовать по этому пути до конца.

Соответственно, основание *действительности* более не представляется недвусмысленным. Хотя вся работа Кельзена основана на содержательном разграничении Сущего и Должного, его анализ предлагает, что — развиваясь в порядке нисхождения в ступенчатой структуре правового порядка — именно применение вышестоящей нормы опосредует действительность правового порядка для нижестоящей нормы (созданной индивидуально-конкретизирующим актом в ходе применения) и, следовательно, наделяет норму ее правовым характером. В то же время, соотношение этих норм характеризуется очевидным онтологическим отношением, возникающим в пределах Сущего между подобными актами Должного.

⁶² Ibid. P. 155. «Решение суда последней инстанции не может считаться неправовым, поскольку оно должно считаться именно судебным решением. Фактически вопрос о том, существует ли общая норма, которую должен применить суд, и каково содержание этой нормы, может быть юридически разрешен только судом» (Ibid).

⁶³ «Если закон, принятый законодательным органом, считается действительным, несмотря на то, что он был создан по-другому или имеет содержание, отличающееся от того, что предусмотрено конституцией, мы должны предположить, что предписания конституции, относящиеся к законодательному процессу, имеют альтернативный характер» (Ibid. P. 156).

Вышестоящая норма «определит», «предоставит рамку» или предложит «альтернативные варианты толкования», в то время как нижестоящая норма будет «соответствовать» и выполнять «функцию толкования» «в пределах рамки». Здесь может возникнуть общий философско-теоретический вопрос: являются ли эти отношения, возникающие между нормами, экзистенциальными? Являются ли отношения между актами, выражающими Должное, «отношениями в Должном»? В таком случае они не могут даже толковаться или определяться посредством модели экзистенциальных отношений между существами. Вопрос может быть поставлен в более узком контексте, как у Кельзена: как это отношение может быть раскрыто, идентифицировано или определено, чтобы иметь отношение к праву? В этой части ответ Кельзена является недвусмысленным: только определенным актом определенного органа; и результат этого процесса имеет не декларативный, а конститутивный характер. И все же **конститутивность** двузначна. Что касается ее содержания, то это означает, что вышеупомянутый результат не может наступить вне данного **процесса** (например, посредством простого мыслительного процесса) как необходимое его завершение. С точки зрения процедуры, это означает, что всякий раз, когда правопорядок не может указать на орган, который мог бы оспорить его, или когда такое орган уже исчерпал свои **правовые** средства, то результат станет окончательным в рамках правового порядка. Может оказаться, что в масштабе общества будут развиваться острые дебаты, открывающие возможные противоречия, или даже разоблачая вероломство этой конструкции, но пока действует правопорядок, единственным ответом, принимаемым правом и имеющим для него руководящее значение, будет именно *тот* результат.

В этой точке вся линия мысли поворачивается вспять. Если правда то, что нормативное регулирование *может* предъявлять определенные требования к определенному поведению, то оно *может* указывать на определенные органы и процедуры, которым нужно следовать. При этом нормативный процесс может иметь структурное и/или функциональное соответствие, параллелизм или аналогию с мыслительным процессом. Тем не менее, даже если все это есть сущностные и неизменные элементы юридического процесса непосредственно оказываются в праве, то действовать будут *не эти*, а скорее другие официальные, формальные институциональные проявления, которые сообщают о безошибочном «соблюдении», «выполнении» или «реализации» норм. Точнее, независи-

мо от того, вытекают ли элементы юридического процесса из экзистенциальной сферы фактической реальности (то есть из «Сущего») или из сферы нормативного регулирования (то есть из «Должного»), они не будут появляться сами по себе (*в себе и для себя*) в данном процессе, а появятся исключительно в качестве референций в его процедуре. То есть, когда (1) система правового регулирования предусматривает процедуру, в которой на вышеуказанные элементы можно сослаться и (2) ссылка на них проходит в ходе процедуры, то есть в правильном порядке, во время и путем, предусмотренным регулированием. Итак, мы знаем, что если процедурные требования соблюдены, указанные элементы будут иметь значение только как компоненты процедуры. Их присутствие в праве и отношение к нему будет исключительно зависеть от того, будут ли они установлены в порядке процедуры. Другими словами, первоначальные качества данных элементов могут вызывать интерес постольку, поскольку существует процедурная возможность, в ходе которой их соответствие процедуре может быть оспорено в ее пределах. Однако, поскольку этот процесс является закрытым, то есть с момента, когда естественный факт превращается в юридический с завершением *res adjudicata*, эти **первоначальные качества станут** раз и навсегда неинтересными и **не имеющими юридического значения**. Можно заметить, что хотя позитивное право обычно не заявляет о тождестве юридической силы и качества правомерности, все же доктринальная реконструкция процедурных положений приведет к **молчаливой *presumptio iuris et de iure***, согласно которой то, что является *res judicata*, **должно считаться правомерным**⁶⁴. В этой точке формализм управляет юридическим процессом. В самом деле, любые факты или аргументы могут получить роль в юридическом процессе формальным способом. И как только она получена, они станут — для всех намерений и целей — прочно инкорпорированными в систему, в ее формализованное установление.

Эта последовательность дедукции подталкивает всю теорию Кельзена к **процедурному подходу**. Согласно логике этого подхода, правовая система осуществляет особое, идеальное движение. Правовые акты создают движущую силу этому движению, определяя его направление и указывая на его идеал. Эта движущая сила, однако, не может работать в процедурной среде, если в пределах

⁶⁴ Варга Ч., Сайер Й. Диалектика развития правовых инструментов: Предметное исследование презумпции и фикции как средство юридической техники.

ее формально-процедурных рамок степень формализации такова, что это процедурное посредничество оказывается полностью автономным и если, — в плоскости окончательных критериев системы правоприменения, характерной для данного правопорядка, — оно получит исключительное значение.

Ф. Превзошло ли Чистое учение о праве само себя?

Согласно позиции Кельзена, в юридических процессах не существует гарантий как относительно их соответствия правовым нормам, так и их согласованности. Юридический процесс просто обеспечивает изоляцию и прекращение процедуры, в которой **заканчивается последняя возможная и/или примененная нормативная квалификация**. То, что оценивается в качестве «соответствия», «последствия» или «согласованности», согласно подсчетам, имеющим значение для права, не обязательно должно получать такую же квалификацию за пределами правового порядка, то есть в соответствии с профессиональной (юридико-доктринальной, юридико-политической) или обыденной оценкой. Указывает ли это на возможную произвольность или анархию, существующую в праве? Теоретически — да, указывает. По крайней мере, пока не будет разрушен порядок и при исчезновении действительности, действительность тоже станет бесцельной⁶⁵. В то же самое время, эта доктрина не была разработана Кельзеном. Имело место только одно предложение, взятое из расширенного второго издания *Reine Rechtslehre* (1960), присутствующее в более раннем наброске его *Общей теории права и государства* (1946), критикующей присущий общему праву принцип исключительности права, созданного судом. В самом деле, вплоть до конца Второй мировой войны Кельзен находился в полной уверенности в естественном значении слов; настолько, что он даже не мог представить возможность подвергнуть сомнению правомерность правовых актов; его семантические исходные послышки демонстрируют **статичную** позицию⁶⁶. Хотя философ и соглашается с тем, что выбор из различных значений дол-

⁶⁵ «Правопорядок считается действительным, если его нормы в общем и целом действительны, т.е. фактически применяются и соблюдаются [...]. Действительность есть условие действительности» (Кельзен Г. Чистое учение о праве. С. 268–269).

⁶⁶ См.: Kelsen H. Value Judgments in the Science of Law // *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*. 1942. VII (1942). P. 312–333 at para. VIII. Здесь признание правомерности судебного решения считается лишь последствием применения нормы.

жен осуществляться в соответствии с контекстом, все же он отрицает возможность существования **динамического** аспекта значения⁶⁷.

Несмотря на все это, Кельзену пришлось сознательно считаться с шансами теоретического сомнения, вытекающего из таких продуктивных неточностей. К 1965-1966 гг. (если не ранее) он в последний раз пересмотрел свое *Чистое учение о праве*, не уделяя внимания спорной части⁶⁸. Все же если есть теоретическая возможность для возникновения произвола, можно задать справедливый вопрос: что не сохраняет право от окончательного декаданса, или проще сказать, от упадка? Что его скрепляет? Кельзен даже не ставит этот вопрос. Он останавливается на том, что определяет **глобальную действительность в качестве окончательного условия действительности** правопорядка.

В чем же суть подобного теоретического открытия? Законодатель законодательствует, правотворец творит право. Административные органы государства осуществляют управление от лица государства, а судебная власть отправляет правосудие. Как живет этот особый мир, как он работает — то есть, что оценивается в качестве юридического органа, какова его юрисдикция и какой процедуре он следует? Все это определено позитивным правом, по крайней мере в нашей правовой и институциональной культуре. Похожим образом позитивное право определяет рамки, служащие моделью решения, которое должно быть принято в ходе деятельности вышеуказанных агентов. Расценивается ли акт агента в качестве «юридического акта юридического агента» — этот вопрос равнозначен вопросу о том, соответствуют ли по своему содержанию формально-процедурные черты подобного акта определению, данному им в позитивном праве. Ответить на этот вопрос с точки зрения права можно только в

⁶⁷ В последней попытке пересмотра (изданной посмертно) философ отвечает на высказывание Ежи Врублевски: «поскольку контекст, в котором происходит понимание и применение правовой нормы, меняется, то и спорная норма меняет свое значение» (Wróblewski E. The Problem of the Meaning of the Legal Norm // Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 1964. XIV (3–4). P. 265), утверждая, что «До сих пор не опровергнутым является тот факт, что словесное выражение нормы может иметь несколько толкований. Однако, это не дает возможности интерпретировать этот факт так, как предлагает Врублевски. Норма не «меняет» свое значение, она просто имеет несколько разных значений (или смыслов)» (Kelsen H. Allgemeine Theorie der Normen. P. 221, note 1; Wróblewski E. Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1959. P. 151 et seq.).

⁶⁸ Erne R. Eine letzte authentische Revision der Reinen Rechtslehre // Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen. P. 35–62.

ходе юридической деятельности юридического агента. Правомочие давать такой ответ, в первую очередь, непосредственно возложено на того, кто должен действовать. Чтобы сделать возможным новое взвешивание решения, принятого первым агентом, или самостоятельную квалификацию таким агентом его же собственного решения (о том, что оно как формально, так и по существу соответствует положениям позитивного права), право может создать институциональные возможности для апелляции, помощи или пересмотра. В ходе второй процедуры *другой юридический агент* посредством своего собственного правового акта подтвердит или отменит соответствующее решение. В то же самое время, вторая процедура также **приведет к принятию решения о том, что оно соответствует** положениям позитивного права по форме и содержанию.

Правовой порядок может позволять повторение подобного пересмотра и последовательное подтверждающее (или отменяющее) обоснование в нескольких инстанциях. Все это, однако, не изменит окончательность и **самозамкнутость** юридического процесса. Это не изменит того факта, что орган, объявляя свои действия правомерными, в то же время объявляет свое решение соответствующим праву по существу. В случае, когда вышеуказанное решение является (1) неоспоримым (потому что нет юридической возможности его оспорить) или (2) неоспоренным (такая возможность есть, но те, кто наделен полномочиями на это, не позволили себе ее использовать в нужное время, нужным способом и в нужной форме), то вышеуказанное решение, являясь юридическим решением, окончательно будет воплощено в нормативном порядке права со всеми вытекающими отсюда последствиями. А именно, повлечет внутренние оценки и наделение нормативностью, вытекающей из таких оценок. Правовая действительность данного акта, таким образом, станет неоспоримой. Нормативный акт будет обладать этим качеством до тех пор, пока он не будет заменен другим нормативным актом, изданным юридическим агентом надлежащего уровня, наделенным полномочиями на это; его нормативность будет в безопасности, пока действует правовой порядок (это и есть случай обретения **юридической силы**).

Как мы уже видели, факты и их взаимоотношения сами по себе не являются компонентами нормативной рамки права. Они приобретают юридическое значение и референтность (то есть получают возможность служить основой для нормативных заключений) только, когда юридический орган в порядке установленной для его деятельности процедуры, завершающейся изданием правового акта,

то есть официально и формально, установит их существование. И это применимо к естественным **фактам**, к судебному установлению которых позитивное право прикрепляет юридическую санкцию, и в контексте **соответствия** примененного нормативного акта и нормативного правила, родившегося в результате применения. Не имеет значения, что думают об этом факте те, кто не относится к юридической процедуре. Независимо от того, является ли человек или орган, не причастный к процедуре, политиком или участником общественного движения, представителем средств массовой информации, ученым (правоведом) или даже юристом, действующим как частное лицо, гражданином или моралистом. По отношению к самооценке права не имеет значения, достигнут ли консенсус, возник ли протест, разоблачающий злоупотребления правом.

4. Кто сторожит сторожей?

На классический вопрос «*Quis custodiet ipsos custodies?*»⁶⁹ право не дает и не может дать ответа. Единственная возможность, доступная праву, сводится к **созданию образцов** поведения, процедуры и принятия решений **при помощи языка**. Рассмотренные в качестве компонентов единого порядка, они сделают возможным создание институционального, идеологического и доктринального устройства правового порядка. Языковое посредничество является посредничеством, осуществляемым на основе знаков, в то время как их значения находятся в **мета-языковой среде**. Поскольку вопрос о том, является ли право пригодным к использованию или применимым, относится к мета-юридическим проблемам, также и право не несет прямой ответственности за то, как его истолковывают. Толкование права является продуктом социальной среды, принимающей и применяющей его (до известной степени при помощи социальных средств) в качестве чистого факта реализации или не-реализации. Указанная среда есть «**аудитория**», к которой отсылают современные теории аргументации посредством логических, семантических и праксиологических реконструкций — как к презюмируемому постулату, точке референций и социологической реальности, определяющей весь процесс⁷⁰. Жизнь повседневного

⁶⁹ Satura J. VI, 347. См.: Rheinstein M. Who watches the watchmen? // Interpretations of Modern Legal Philosophies: Essays in Honour of Roscoe Pound / New York: Oxford University Press, 1947. P. 589–610.

⁷⁰ Онтологическое значение «аудитории», раскрытое Х. Перельманом, внимательно исследовано мною в работах: Theory... (2011) and The Paradigms... (2012).

языка сама по себе является комплексом, основанным на социальной практике коммуникации, которая воспроизводит себя через непрерывную обратную связь. Постольку, поскольку его нормативные взаимоотношения хорошо сбалансированы, мы должны воспринимать право в качестве автономного продукта, хотя в реальной жизни оно встроено в общую социальную практику. Если языковая объективация состоит из совокупности знаков (которая становится реальной в пределах общества, благодаря их значению), то также и правовая система знаков становится социальным фактором благодаря своему значению. **Значение** является не самоотждествленным определением и не закодированным феноменом, а **живой и непрерываемой целостностью**. Оно генерируется через практику общества, которое принимает его как таковое и конвенционализирует через это принятие.

Каким бы автономным ни стало юридическое значение, его автономия должна подпитываться от стандартного, повседневно-го разговорного языка и может воспроизводить себя только в постоянном отношении с последним. Таким образом, его автономия и самодостаточность относительны, даже вторичны. Соответственно, нормативные компоненты юридического действия находятся под постоянным контролем каждого человека. При помощи данных компонентов мы обращаемся к оценке, сделанной органом, квалифицирующим факты и лежащие в их основе правовые акты. Поэтому сама квалификация должна следовать из норм и таким образом служить основой для нормативной оценки. Именно это обычный человек проверяет через осмысление норм и их истолкование в соответствии с повседневными языковыми конвенциями. Тем не менее, язык права является не просто самодостаточной сущностью, лишь привязанной к простому языку. В его самодостаточности есть определенная логика, в которой заявляют о себе определенная непрерывность и последовательность. И, что более важно, эта логика с присущими ей искажениями и недостатками не остается в пределах замкнутого круга права и юридической профессии. Все это может наблюдаться и контролироваться на основе обычного языка. По крайней мере — в своих главных направлениях или тенденциях. Ведь в долгосрочной перспективе за непрерывностью или перерывами в развитии права проявляются политические намерения государства. Политика, к которой мы обращаемся, может привести право к непоследовательности, принудить его к искусственным выводам и обоснованиям. Тем не менее, независимо от того, руководствуется

ли оно любым видом намерения или неизбежной несостоятельностью, оно не может безрассудно расходовать минимум социальной поддержки. Право не может утратить минимум конвенционального обычного языка или простую возможность коммуникации. Как только будут преодолены эти минимальные пороги, выраженное в праве и осуществляемое им регулирующее начало обязательно исчезнет. В последнем случае останется только хаотическая путаница принудительных действий, демонстрирующих черты постепенно изолируемой и безумной анархии. В этой точке правовой порядок утратит свою организующую власть (даже если эта власть была бесчеловечной, основанной на геноциде, с которым мы столкнулись в прошлом веке), не имея никакой организации, дающей необходимые точки соприкосновения.

Процедурный характер правового события означает, что **ничто не может стать компонентом, присущим правовому порядку**, пока **властный орган, определенный юридически, не включит его** (определенным способом) в **право**. Из этого следует допущение, что нормативное разрушение, конкретное формирование заключения и согласованность (то есть реальное формирование нормативных взаимоотношений) будет зависеть от действий агентов — действий, осуществляемых по имя права. Конечно, только теоретически и в пределах определенных границ. Но эти границы определены социальной практикой реализации права. Таким образом, их указывает не право. Таким образом, произвол не исключается. Однако, если мы установили фиксированную систему правил в качестве позитивной, конвенциональная практика общества должна решить, что является произволом в применении права. Общество должно решать, насколько далеко простираются границы права и в рамках чего осуществляется «реализация» права. Эти вопросы затрагивают нормативные отношения. Именно поэтому их общественное осмысление и оценка могут и не стать критериями; в то же время они предоставляют общую (можно сказать: онтологическую) основу всему процессу.

Наброски по онтологии права

Со времен Средневековья, когда возделывание наук было настолько развито, что приобрело черты растущей дифференциации, институционализации и профессионализма, онтология была помещена в двойной контекст и, вследствие этого, оценивалась с его позиций.

С одной стороны, она должна была синтезировать последние важные достижения современной науки, перефразируя их посредством философской генерализации и в системных рамках. В случае *онтологии общественного бытия* эта функция относилась и к соответствующим теориям социума, и к главным тенденциям науки — от исследований космоса и географии до физики и химии и к биологии (включая всех присущие им абстрактные проекции и визуализации, подобные сделанным в математике и геометрии) — чье видение мира и методология лежит в основе любого теоретизирования об обществе. До сих пор открытым остается вопрос о том, соответствовала ли онтология Лукача в общих чертах мировоззрению, сформированному на основе новых достижений наук конца XIX в., и, в частности, тем вызовам, которые были брошены современными ему социальными теориями.

С другой стороны, онтология в самом деле выполняет отведенную ей роль в зависимости от частоты и протяженности тех областей, улучшению и научному обновлению которых она содействовала путем оказания системного влияния. В условиях подобного обогащающего влияния восприимчивость, например, рассматриваемых социальных теорий может запросто оказаться более сильной по сравнению с внутренними достоинствами как самой онтологии, так и относящейся к ней философской критики. Однако, спустя полтора десятилетия после посмертной публикации работы *«К онтологии общественного бытия»*, содержащей эссе на различные темы и имеющей целью поиски нового пути для Венгрии, не было предпринято монографических исследований по вопросам, которым были посвящены эссе, за исключением двух областей, довольно далеких

от главных вопросов, интересовавших Лукача, — а именно, драмы¹ и права². Возможно, просто потому, что именно такими были области, в которые рассматриваемая работа Лукача могла сделать наибольший терминологический и методологический вклад, не оказывая влияния на суть монографических исследований.

Реконструкция социальных наук необходима для теоретического объяснения актуальных социальных проблем. Концептуальная дифференциация, заложившая основы нашей научной мысли со времен классической немецкой философии (такие, как явление и сущность, форма и материя³, рассмотренные в аспекте дуализма и/или в конечного синтеза)⁴, неизменно задает перспективы нашему методологическому мышлению и абстрактной интеллектуальной работе в рамках философии и методологии наук, которые мы развиваем сейчас в обновленных формах.

Посмертно опубликованная синтезирующая работа Дьердя Лукача⁵ позволила понять уже в годы ее публикации, что социальное описание должно считаться с **социализацией** (*Sozialisierung/Vergesellschaftlichung*) — сопровождаемой внутри себя, конечно же, **медиацией/посредничеством** (*Vermittlung*). Социализация — это необратимо и неизменно прогрессирующий процесс, способный к созданию (через исторические скопления) комплексных сетей. Это — окружение, обеспечивающее такую среду, в пределах которой может появиться **объективация** (*Objektivierung/Objektivierung*) и

¹ Bécsy T. Drama as a Genre and its Kinds. Budapest: International Theatre Institute 1986.

² Varga Cs. The Place... , 2012.

³ Varga Cs. The Quest for Formalism in Law: Ideals of Systemicity and Axiomatizability between Utopianism and Heuristic Assertion // Acta Juridica Hungarica. 2009. № 50 (1). P. 1–30; URL: <<http://www.akademiai.com/content/k7264206g254078j/>>, “Form and Content”. P. 2–7.

⁴ Об истинном понятийном дуализме в духе марксизма, основанном на экономическом базисе см.: Варга Ч. Теоретическое содержание права как надстройки.

⁵ При жизни Лукача: Lukács G. Die ontologischen Grundlagen des menschlichen Denkens und Handelns / Referat zur “Ontologie des gesellschaftlichen Seins”, gehalten an der Ungarischen Akademie der Wissenschaften 1969 / Wien: Verein Gruppe Hundsblume, 1970; и посмертно изданные: Lukács G. 1) Zur Ontologie des gesellschaftlichen Seins: Hegels falsche und echte Ontologie, Neuwied & Berlin: Luchterhand, 1971; 2) Die ontologischen Grundprinzipien von Marx. Neuwied & Darmstadt: Luchterhand, 1972 [Sammlung Luchterhand 86]; Die Arbeit. Neuwied & Darmstadt, 1973 [Sammlung Luchterhand 92]; Prolegomena, I–II, hrsg. Frank Benseler (Darmstadt: Luchterhand 1984–1986) 692 + 747 pp. [Georg Lukács Werke 13–14].

стать всеобъемлющей властью в обществе. В свою очередь, объективация в ходе своего саморазвития может создать потенциальную и социальную реальность **реификации** (*Verdinglichung*), которая все же может восприниматься в качестве функциональной в рамках работы общества, и **отчуждения** (*Entfremdung*), которое уже должно считаться нефункциональным.

Известно уже со времен исследования Мэйна, посвященного древнему праву, — т.е. полтора века назад⁶, — что различные виды социального формализма развивались со времен самых ранних общественных формаций для того, чтобы сделать человеческие практики и привычки более безопасными и предсказуемыми. Сделать их подобными повторениям в рамках работы системы, то есть для того, чтобы сделать их более экономичными во всех смыслах этого слова⁷. Сейчас социальная наука обозначает эту тенденцию как конвенционализацию и выражает ее в символах теории речевых актов, беря эту теорию как главный пример конвенционализации⁸. Несмотря на тот факт, что Лукач не затрагивал подобные сферы исследований, далеко не случайным является то, что, изучая медиативные процессы, происходящие между единым общественным комплексом и составляющими его комплексами, он называл **язык и право** в качестве основных агентов медиации (первый — благодаря самой возможности взаимодействия, а второе — благодаря его ограничивающему регулированию). Иными словами, язык и право рассматривались как наделенные функцией осуществлять посредничество между любыми комплексами. Это подразумевает признание того, что язык и право существуют не для того, чтобы утверждать, а для того, чтобы осуществлять посредничество между ценностями и интересами, которые вырабатываются самими этими комплексами для осуществления посредничества. Соответственно, то, что язык и право могут охарактеризовать в качестве наших собственных ценностей и интересов, является инструментальным — направленным либо на способствование посредничеству как таковому, либо на повышение его культурного уровня и модальности.

⁶ Maine H.J.S. *The Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society, and Its Relation to New Ideas*. London: John Murray, 1876 (Мэйн Г.С. *Древнее право: его связь с древней историей общества и его отношение к новейшим идеям*. Москва: Красанд, 2012).

⁷ См. также Lévy-Bruhl H. *Réflexions sur le formalisme social* // *Cahiers internationaux de Sociologie*. 1953. XV (1). P. 53–63.

⁸ Varga Cs. *The Paradigms...*, 2012.

Социальные практики и привычки (как таковые предполагающие кооперацию и, таким образом, intersубъективность) неизбежно подпадают для своего теоретического объяснения вопрос, однажды сформулированный в классической английской философии как дилемма разделения и/или единства «тела» и «души»⁹. Для осмысления как формальной реконструкции языка (подобно Соссюру¹⁰), так и одновременно различающихся аспектов права (как показал спор Кельзена и Эрлиха применительно к антагонистическому поиску окончательного критерия права,¹¹ и социологизм Паунда, проводившего различие между «правом в книгах» и «правом в действии»¹²), с одной стороны, требуется презумпция о наличии у предмета некой **конструкции** (или конструируемой структуры). Хотя, с другой стороны, уже широко известно, что **действие**, происходящее в реальности, всегда ее разрушает. Или, если речь идет не о «теле», просто дополненном (или оживленным) своей «душой», и не о готовой конструкции, которая могла бы быть принуждена действовать или работать произвольно. Потому что будучи неподвижными, мертвый язык и право, подобные свободно возведенным воображаемым конструкциям, могут стать предметами лишь для чистой абстракции. Потому что то, что не функционирует, не существует с позиции онтологии. И наоборот, то, что функционирует и, следовательно, существует в онтологическом плане, обязательно будет демонстрировать некую несогласованность идеала и действительности. С другой стороны, практическое действие есть (и не может быть иным, чем) разновидность **изменения конвенций**, которая имеет намерение **снять** (*aufheben*; *Aufhebung*) то, что ей предшествовало. Это все равно, что сказать, что постоянно сохраняя и преодолевая (то есть, снова отменяя) то, что необходимо дано (*un donné*)¹³, любое подобное действие будет непрерывно создавать и (ин)новации, соответствующие — согласно приспособлению — его собственным временным (изменяющимся) потребностям.

⁹ Подробнее см.: URL: <https://en.wikipedia.org/wiki/Mind-body_dichotomy>.

¹⁰ Saussure F., de. Cours de linguistique générale / Bally Ch. Pub. / Lausanne & Paris, 1916.

¹¹ Переиздано в Paulson S.L. Hans Kelsen und die Rechtssoziologie / Auseinandersetzungen mit Kantorowicz H.U., Ehrlich E., Weber M. / Aalen: Scientia-Verlag, 1992.

¹² Pound R. Law in Books and Law in Action // American Law Review. 1910. № 44 (1). P. 12–26.

¹³ См.: различие между терминами «данное [ce qui est donné]» и «сконструированное [ce qui est construit]» в Gény F. Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif I–II. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1899. P. 422.

Однажды Лукач пришел к заключению (снова давая реинтерпретируя спор Маркса и Лассалья о природе рецепции римского права¹⁴), что именно **онтологическая** перспектива является первичной по отношению к любому чисто **эпистемологическому** подходу. Деятель всегда движим своими особыми индивидуальными причинами и испытывает давление осознания своих насущных интересов. Следовательно, просто потому, что **идеология/идеологизация** является частью человеческого существования в обществе, эта идеология/идеологизация является не просто истинной или ложной формой сознания, а одним из органических и необходимых элементов **онтологии общественного бытия**. Короче: то, как мы мыслим, является частью того, кем мы являемся на самом деле. Наше сознание также является соучастником наших действий. Соответственно, так называемое юридическое мировоззрение (*juristische Weltanschauung/Weltbild*), понимаемое как **деонтология** юридической профессии¹⁵, не является неким случайным и внешним приложением к праву, а есть один из первичных факторов того, что по настоящему может быть названо общественным бытием права¹⁶. Будь то, например, господствующий во времена Энгельса европейский континентальный нормативизм или англо-саксонская прагматическая казуальность прецедентного метода (не распространяя наши примеры на другие правовые традиции).

Самоорганизующая и самоисполняемая гомогенизация все больше стоит на отдельных комплексах, опираясь на гетерогенность повседневной практики. Именно от анализа судебного процесса как отдельной (ре)конструкции реальности я однажды пришел к онтологической переформулировке аутопойетической теории¹⁷, первоначально появившейся в Чили в ходе объяснения био-

¹⁴ Письмо Карла Маркса Фердинанду Лассалю в Берлин 22 июля 1861 / Marx K., Engels F. Werke 30. Berlin [-East]: Dietz Verlag, 1964. P. 614.

¹⁵ Engels F., Kautsky K. Juristen-Sozialismus [1887] / Marx K., Engels F. Werke 21. 1962. P. 491–509.

¹⁶ Именно поэтому классическое сравнительное правоведение, понимаемое как простое расширение границ национального юридического позитивизма, должно быть возвышено — или хотя бы добавлено к — до сравнительного исследования правовых культур и судейского мышления. См.: Comparative Legal Cultures / Varga Cs., 1992, Varga Cs. Comparative Legal Cultures?

¹⁷ К моему удивлению, Франк Бенселер в обзоре моей книге «Место права в концепте мира Лукача» (Varga Cs. The Place of Law in Lukács' World Concept // Zeitschrift für Rechtssoziologie. 1987. № 8 (2). P. 302–304) уже отметил тенденцию аутопойетической реконструкции права подобно тому, как я интерпретировал «Онтологию» Лукача, с

логического воспроизводства клеток и затем обобщенной в качестве методологического инструмента макросоциологической теории. Согласно ее выводам, то, что предполагается охарактеризовать в качестве **следования общественным образцам**, есть одновременно **воспроизводство и производство**, то есть, индивидуальная комбинация сохранения и (ин)новации — до того момента, когда все его бытие будет признаваться данной социальной средой в качестве следования образцам. Другими словами, все, что находится «в рамках канона», едва ли является чем-то отличающимся от временного результата самой реконвенционализированной практики.

В праве существует отдельный пример двойного дискурса, необходимого в том случае, если действие, относящееся к социальной гетерогенности, должно быть представлено в ракурсе социальной гомогенности с соблюдением всех дополнительных требований. Соответственно, принятие решений в реальности может быть только смоделировано **логикой решения задач** с относительно свободными возможностями и внутри относительно открытых референциальных рамок. На этой основе **логика обоснования**, свойственная праву, строится только в качестве ее дополнения и проекции, шаг за шагом и только апостериори, подобно проверке, контролирующей правильное выполнение¹⁸. Опять-таки судебное решение представляется в виде результата, полученного на основании проверенных выводов и вытекающего из текста и самого контекста права (подобно внутренней необходимости, скажем, химической реакции) — следовательно, каким бы «правильный ответ» ни был или не должен был быть, результат должен быть единственным и не должен иметь альтернатив — хотя в него и не встроена необходимость. Возможно, Лукач придерживался такого же мнения, поскольку он считал разрешение конфликта интересов при помощи присущей праву **системы исполнения** (*Verfüllungssystem*) простой **манипуляцией**, отмечая, что онтологическое описание держит некую поразительную дистанцию от близости и сложности любого характеристики (или приемлемой реконструкции) изнутри.

которой фактически я познакомился во время моего визита на факультет социальных наук Австралийского Национального Университета в качестве приглашенного профессора в 1987 г. Впервые эти идеи были сформулированы в работе: Varga Cs. *Judicial Reproduction of the Law in an Autopoietical System? / Law, Culture, Science and Technology In Furtherance of Cross-cultural Understanding* / Kobe: IVR World Congress 1987. P. 200–202, и развиты в работе *The Paradigms...*, 2012.

¹⁸ Varga Cs. *Theory...*, 2011.

Потому что само понимание (*Verständnis*) опять-таки является аутопоietическим процессом в рамках общей схемы любого герменевтического процесса. Если мы не рассуждаем в перспективе возможностей бытия Робинзона — одинокого и без всякой социальной памяти: перспективы, уже исключенной Лукачем. То есть понимание стремится достичь своей заданной формы и содержания в качестве результата **социальной игры**¹⁹, которая происходит в заданной аудитории²⁰. Что касается социальных игр как в гетерогенной, так и гомогенной сферах деятельности, в рамках которых также должно иметь место социальное взаимодействие «обладания значением и наделения значением»²¹, то, в принципе, принять в них участие может каждый — более того, каждый может внести свой вклад в их создание в реальности. Даже если это обычно это является первой обязанностью и привилегией — а также ответственностью — профессионалов, обладающих особой компетенцией в современных обществах. Несомненно, что в конце концов весь этот процесс обязательно приведет к результату, оправдываемому в конкретном окружении, и будет рассматриваться для него в качестве актуального решения существующего конфликта интересов. Так получается потому, что это то решение, которое все же может быть успешно конвенционализировано в заданной среде. Соответственно, **личная ответственность** правоприменителя (и, в конечном счете, одного из нас в данном обществе) превалирует в каждом деле, поскольку все мы являемся истинными участниками социальных игр, а не простыми марионетками.

В онтологии естественного и общественного бытия нет подлинных разграничений, а лишь различия и дифференциации, сделанные в рамках (и для целей) анализа. Именно поэтому самодвижущимися являются даже не гомогенизации: они обращены — в основном и даже слишком — социальной гетерогенностью и в ее рамках. Профессиональный язык черпает вдохновение из своего повседневного применения и общей культуры общества, и как сами профессионалы оказываются в полном смысле слова людьми во всей полноте (обладая всей *вместимостью*) своего личного бытия. Подобно языку и то, что известно как от-дифференциация (*Ausdifferenzierung des*

¹⁹ В развитие введенного Витгенштейном понятия «Sprachspiel».

²⁰ Christie J.F. The Notion of an Ideal Audience in Legal Argument. Dordrecht & Boston: Kluwer Academic Publishers, 2000.

²¹ Perelman Ch. Avoir un sens et donner un sens // Logique et Analyse. 1962. № 5. P. 235–250.

Rechts)²² — в духе гомогенизации Лукача — может и должно материализоваться в практике через наши повседневные соображения, то есть в их интересах, для того, чтобы осуществить их до оптимально возможной степени.

Соответственно, сама по себе реификация едва ли является чем то большим, чем исковой инструментализацией. Отчуждение является лишь ее уже паталогизированным результатом во всех социальных измерениях — подобно дегенерации, возникшей из-за недостатка целенаправленного сознательного контроля. Ибо ограничения как чисто внешние силы могут преобладать только в микроконтекстах и на личном уровне. Их конечное перерастание, вызванное интеллектуальным, моральным или иным путем, позволяет получить ту или иную исключительную интерпретацию по мере того, как их успешное использование достигает избыточно идеологической формы. Другими словами, на уровне общества нет истинных ограничений, а есть только положения дел — включая состояния ума, то есть идеологизацию — которые могут требовать переосмысления и побуждать к нему, открывая перспективы переутверждения или изменения вплоть до социально генерируемого призыва к реформам или революции.

Государство всегда искало пути для постепенной монополизации права, приобретая эксклюзивную власть над ним. **Огосударствление** права считается наиболее завершенным в таких системах, которые формально отделяют **творение права** (*Rechtssetzung; création du droit*) от **отправления правосудия** (*Rechtsanwendung; application du droit*) как понятийно, так и институционально. В истории Европы это было достигнуто путем развития искусственно созданных, писанных и формально принятых структурных норм, которые только и должны были воплощать право. В этой схеме идея *ius* была упрощена до чистой фактичности принятого *lex*, то есть того, что было провозглашено в реальности законодателем в порядке предусмотренной процедуры. В то же самое время, такая схема предполагает, что правотворчество будет поднято почти до уровня беспредельного всемогущества, до свободно заполняемого пространства регулирующей власти. В результате, *lex* останет-

²² Luhmann N. Ausdifferenzierung des Rechts Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981.

ся единственным истинным актором в пределах правовой сферы, единственным создателем того, что имеет юридическое значение, и будет определять, в каком смысле интерпретировать это значение. Таким образом, правотворчество жестко противопоставляется правоприменению, которому достается роль простого исполнителя. В результате, то **правосудие**, которое необходимо осуществлять, обязательно вырождается в формальный **нормоконформизм**.

Как указывает Кельзен в своем *Чистом учении о праве*, профессиональный подход юриста исчерпывается двумя принципами, относящимися к конструкции права и его действию. В соответствии с ними, действительность является функцией права, относящейся к его надлежащему созданию, а легальность — функцией норм и фактов в любом юридическом процессе, относящейся к их субординации или обособности в рамках логифицированной нормативной схемы.

Что касается природы норм, то структура норма есть телеологическая проекция, которой не удастся сформулировать лежащую в ее основе социально желаемую цель²³. Чтобы гарантировать недвусмысленность при помощи исключения простой дискуссионности, она формулирует поведение, определенное законодателем в качестве самой цели, требующей достижения. При ее помощи право предусматривает *Tatsache* — совокупность тех фактов, которые могут стать предметом юридического спора²⁴ — так, что подходы к среднестатистическому обществу смогут быть спланированы и эффективно приведены в жизнь посредством предписывания/запрещения (то есть позитивных/негативных санкций) хорошо отобранного посредственного поведения.

Соответственно, право должно выполнять свою посредническую функцию, одновременно утверждая свою собственную относительную автономию. То есть оно должно реализовывать любые социальные цели, трансформированные в правовые, через следование требованиям своей собственной системы. Таким образом, определенная двуликость, то есть практика двойного дискурса, станет необходимым результатом деятельности юристов. Потому что юристы занимаются, согласно Лукачу, во-первых, преобразованием конфликтов интересов в юридические конфликты, а затем, во-вторых, преобразованием их в видимые или квази-конфликты, то есть в раз-

²³ Varga Cs. 1) The Preamble: A Question of Jurisprudence // *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae*. 1971. XII (1–2). P. 101–128; 2) *Law and Philosophy*. 1994. P. 141–167.

²⁴ См.: Eisler R. *Wörterbuch der philosophischen Begriffe*. 1904.

новидности истинного применения права. Даже если кажется, что они эффективно и успешно работают с правовыми актами на основе логической схемы. Поэтому то, что юристы делают в реальной практике, направлено на манипулирование выбором «актов, имеющих отношение к делу» и «подходящих норм», так что судебное решение может в конце концов включить в себе ответственное социальное решение, скрытое под фасадом простой логики. Это должно означать, что логика во всей этой деятельности является не более, чем формой выражения, а совсем не господствующей средой для нахождения должного решения.

То же самое заключение относится и к вопросам о причинах о способах концептуализации права. Ведь умственные операции в рамках права направлены на другие цели, а не на простое мышление. Все они должны служить прагматической цели, то есть стандартизации практики: классифицировать различные обстоятельства, примеры и конфигурации, случающиеся в реальной жизни, раскладывая их по заданному, конечному числу дел, рассматривая их как названные и определенные правом. Из-за присущего праву совершенного понятийного формализма, квалификация, в соответствии с которой данное дело будет считаться описанным правом случаем, должна быть полной. То есть конструируемая комбинация выбранных норм и случаев должна быть полностью реализована, вплоть до формального отождествления нормы с реальной ситуацией, и без исключений, колебаний и чего-то вроде раздвоенности характеристик пережитой жизни, то есть без диалектики. Нужен лишь учет правовых последствий, которые должны наступать во имя права и в качестве реализации его положений, когда решение уже принято.

Другими словами, самозамыкаемость права в рамках своего концептуального формализма венчается тем фактом, что самооправдание права — включая то, как следует создавать и догматизировать на практике условия, необходимые для юридически действительно толкования и юридического обоснования операций — останется внутренним вопросом в сфере права, сделанной (сознательно и искусственно) недоступной для любого внешнего вмешательства²⁵.

Что касается объективации, реификации и отчуждения, то все они являются гетерогенными категориями, которые никоим образом

²⁵ Varga Cs. Law, Legal Process and the Judicial Mind // Российский юридический журнал. 2011. № 79. Р. 5–13.

не нахлестываются друг на друга, хотя исторически они основаны на одном и том же процессе: объективация может оказывать стимулирующий эффект на реификацию, а реификация на отчуждение.

Реификация есть объективированное функционирование объективаций общественного бытия и/или отражение этого функционирования в качестве объективированного. Другими словами, реификация является завершением объективаций, устроенных в качестве частей внутри самоорганизующейся системной сети. Реифицированное функционирование и его реифицированный вид точно соответствуют требованиям формальной рациональности, которые особенно сильны и служат сами себе в процессе управления обществом и отправления правосудия. Существует социально-политическое и экономическое требование, предъявляемое к конструкции и работе обезличенного, быстрого и безопасного механизма, подготовленного к предвидению и стандартизации любой случайности. Именно поэтому право входит в единый социальный комплекс в качестве особого гетерогенного отдельного комплекса, имеющего сильную тенденцию к становлению независимым, самоценным и самоорганизующимся на основании своих собственных законов и правил²⁶. А реифицированное право создает лишь идеологию, лучше всего служащую действию права в соответствии с ее постулатами — нормативными и идеологическими одновременно. Можно также сказать, что реифицированная работа реифицированных структур требует и порождает реифицированное сознание. Соответственно, юридическое мировоззрение (*juristische Weltanschauung/Weltbild*), — рассмотренное в качестве деонтологии юридической профессии и указывающее на влияние права на формирование отношений в обществе и всю их сеть, если они были организованы в качестве правовых, — в самом деле может считаться адекватным отражением системы, но перевернутой с ног на голову. Следовательно, наши действия по разоблачению чисто идеологического характера права будут и причиной, и результатом разоблачения стремления права к приобретению автономии.

Право как реифицированная структура само по себе никогда не производит феномена **отчуждения**. Для создания подобного эффекта требуется одновременное движение единого социального комплекса; и ни одна социальная конвенция на самом деле не застрахована от этого шанса своей материализации. Чтобы остаться

²⁶ Varga Cs. Rationality and the Objectification of Law // Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto. 1979. № LVI (4). P. 676–701.

образцом для применения юридических средств, любая объективация, встраиваясь в цепь других объективаций, будет — например, через постоянное взаимодействие, существующее между ними — только усиливать саму систему объективаций. Следуя дальше этим же путем, становится очевидным, что даже тенденции, сами по себе не связанные с отчуждением, могут стремиться к созданию или усилению отчуждения (или субъективного влияния состояний отчуждения) в намного более дифференцированном едином движении единого социального комплекса. Как объясняет Лукач, «модели социального управления сами по себе «безобидны» с точки зрения отчуждения, но если они глубоко проникают в общественную жизнь, то они будут увеличивать те силы способов управления, которые уже оказали прямой эффект в этом направлении; с другой стороны, чем более их жизненные отношения становятся абстрактно реифицированными и чем менее они распознаются в качестве конкретных и спонтанных отношений, подобных процессу (*process-like*), тем скорее люди упадут на колени перед тенденциями отчуждения и тем более непринужденно и беспрекословно примут их [...]. Потому что чем больше повседневная жизнь человека порождает отчуждающих форм и жизненных ситуаций, тем легче простой человек приспособится к ним духовно и без морального сопротивления — как к своему «естественному окружению», и сопротивление обычного человека реально отчуждающим реификациям, таким образом, ослабнет, хотя это и не обязательно»²⁷.

Итак, современное формальное право²⁸ является реифицированной конструкцией, чье действие является также одновременно реифицированным и реифицирующим. С одной стороны, деонтология правовых практик основана на не-антропоморфных схемах, способных распространять не-антропоморфизирующее влияние. Именно поэтому возможность отчуждения находится в самом корне и сердце современного формального права, независимо от того, существует ли вдобавок выраженная или негласная политическое желание превратить конструкцию и/или работу права в дополнительные средства (или среду, или агента) общественного отчуждения.

Представляется, что именно это Лукач имел в виду, когда он утверждал, что если — и конечно же — отчуждение не является

²⁷ Lukács G. Die Ontologie des gesellschaftlichen Seins [manuscript]. P. 298.

²⁸ Varga Cs. The Basic Settings of Modern Formal Law' [1982] / European Legal Cultures / Varga Cs. co-ed. / 1996, introduction to Part II: The European Legal Mind. P. 89–103.

«сверхисторическим общим *«состоянием человечества»*. Хотя оно никогда не было и «феноменом, всегда открыто и конкретно желаемым в условиях общества». Тем не менее, «[в] определенном смысле можно сказать, что вся история человечества является и историей человеческого отчуждения со времен появления определенной степени разделения труда (скорее всего со времен, предшествующих рабству)». Более того, не будучи отдельным, индивидуальным или просто случайным и непредвиденным, «отчуждение никогда не сможет быть изолированным, независимым феноменом, но сможет всегда быть элементом экономической и социальной эволюции и элементом идеологической реакции государства, направления движения общества как целого»²⁹.

Это означает, в конце концов, что объективация, реификация и отчуждение являются возможностями, при одновременном наличии которых может быть интерпретирована и проблема техники, тематизированная в драматических тонах с XIX в. Но не в качестве воплощения фатальности, а как потенциальное самоутверждающее освобождение человека. Как свершение окончательной судьбы человечества при помощи того, что доступно и осуществимо, без вырождения в состояния, которые сами должны стать отчужденными и отчуждающими.

В завершение этой теоретической реконструкции права как части индивидуальной человеческой и общественной морали мое личное обращение, сформулированное еще двадцать лет назад, будет таким: «Мы следовали дорогой, которая вела к праву от парадигм правового мышления и от самоутверждения правового формализма к его общим культурным детерминантам. Тем не менее, наши человеческие стремления вырвались из-за иллюзорного эталона безопасности, и мы смогли обнаружить надежные, прочные основания в неуловимой непрерывности своей социальной практики. В то же самое время, это оказалось процессом, о котором мы думали как о существующем в качестве материальной сущности, а то, что мы считали полностью построенным, оказалось постоянно строящимся из непрерывной последовательности актов. Мы узнали о праве то, что оно всегда было внутри нас, хотя мы думали, что оно где-то снаружи. Мы несем его в свое культуре, несмотря на все свои повторяющиеся

²⁹ Lukács G. Die wichtigsten Problemkomplexe [manuscript]. P. 15, 573, 755.

и торопливые попытки соединить его с объектами материального мира. Мы идентифицировали дилеммы, существующие с древности, со спорами, происходящими в настоящее время. Мы нашли давно заброшенные образцы. Мы обнаружили реализацию общепризнанных идей в тех возможностях и направлениях права, которые мы считали концептуально отделенными раз и навсегда. Однако тем самым мы получили приглашение к разработке тех вещей, которые ранее казались полностью готовыми. Из-за маски и из-за кулис выступили требования вступить в игру, играть роль и принять на себя ответственность. Из объектов мы превратились в субъектов; из простых адресатов — в незаменимых деятелей. И мы можем быть уверены, что, несмотря на все цивилизационные одеяния, культура права все еще присуща нам — тем, кто переживает ее каждый день. Мы несем ее и формируем. Все ее конвенции конвенционализированы нами самими. У культуры нет иного бытия или деятельности за пределами наших личностей. И с этим бытием, присущим нам, мы не можем передать ответственность за все это кому-то другому. Во всем своем единстве эта ответственность — наша. Настолько, что она не может быть вырвана из наших дней или поступков. Она станет тем, чем мы ее хотим видеть. Следовательно, мы должны всегда заботиться о нашей культуре, поскольку мы разными способами заботимся о себе»³⁰.

³⁰ Varga Cs. The Paradigms ..., 2012, ch. 7.

Разновидности права и верховенство права

У главного лозунга, рассматриваемого нами в настоящий момент, есть несколько значений. Они расставляют определенные акценты в связи с растущим расширением и свехобобщением их использования — от учений о международной демократии до сравнительного экономического анализа и от дипломатических переговоров до проектов взаимопомощи, имеющих приоритетное значение. Несмотря на все это, вместо неизбежного самоопустошения термина, происходящего в связи с его политически ангажированными упрощением и схематизацией¹, или сомнительных попыток его применения, вышеуказанное развитие направлено только на то, чтобы прояснить то, какие менталитет и идеал общественного порядка стоят за историческим опытом, аккумулированным культурами гражданского и общего права. Равным образом, здесь проясняются простейшие идеи о наилучшем сохранении этого порядка и то, с помощью каких средств этот последний необходимо обслуживать. Кстати говоря, если эти попытки и добились успеха, то только в том, чтобы быть завесой, скрывающей лежащий в тени абсолютизм² в качестве оперативного термина для определения чего-либо в качестве критерия для конституционного правосудия³. Гражданское право

¹ Varga Cs. Jogrendszerek, jogi gondolkodásmódok... 2009, ch. 1.

² Так, новая книга в прошлом административного заместителя Генерального прокурора, а в настоящее время судьи Конституционного Суда и в то же время декана Католического университета Венгрии — Андраша Варги рассказывает о потенциально новой тирании, а именно о «*Eszményből bálvány*» (Varga A. A joguralom dogmatikája [Idol from an ideal? Or the so-called rule of law doctrine]. Budapest: Századvég, 2015).

³ О разнообразии подходов к составляющим и слоям, а также о противоречиях в недифференцированном использовании см.: Fallon R.H. Jr. "The Rule of Law" as a Concept in Constitutional Discourse // Columbia Law Review. 1997. № 97 (1). P. 1–56, а также о ненадлежащем использовании абсолютистского усмотрения см.: Varga Cs. Creeping Renovation of Law through Constitutional Judiciary? / Varga Cs. Transition? To Rule of Law? 2008. P. 117–160.

обосновывало свои веления **княжеской властью**, наполненной исключительным доверием до стороны населения; тогда как общее право существовало благодаря успеху **гражданской самоорганизации и опыта органичности развития**. Или, как сказал классик американской правовой мысли более ста сорока лет назад⁴ с позиций своего времени и территориальной принадлежности, четко определяя таким образом, чем была традиция, к которой он принадлежал: «Жизнь права не была логикой — она была опытом. Ощущаемые потребности времени, влиятельные моральные и политические теории, общественные институты — общепризнанные или неосознанные — даже предубеждения, которыми судьи делились между собой, имели большее по сравнению с силлогизмами значение в определении правил, посредством которых следует управлять людьми. Право воплощает в себе историю развития нации на протяжении многих веков и к нему нельзя подходить с той позиции, как будто оно содержит только аксиомы или заключения, взятые из учебника математики».

I. Правовое государство и верховенство права

Идея правового государства (*Rechtsstaatlichkeit*), уходящая корнями в традиции континентальной Европы и получившая особое развитие в результате культурного вклада Германии и Австрии, во всем отличается от концепта «*верховенства права*», осмысленного и получившего отражение в британской и американской правовой ментальности.

Выраженная в сжатом виде, сущность правового государства заключается в том, что оно стремится достичь своих целей при помощи всесторонних и всеохватывающих **правил, принимаемых государственной властью**. Правовое государство присоединяет гарантию к каждому аспекту, который он хочет защитить при помощи этих правил. *Верховенство права*, с другой стороны, покоится на принципе **всеобщего доступа к правосудию**. Оно институционализирует субъективное право обращаться в судебные инстанции для получения юридического вердикта в порядке предусмотренной процедуры в любом случае, имеющем юридическое значение.

Не следует рассматривать обе эти идеи в качестве двух различных юридических техник. Напротив, они представляют собой два разных

⁴ Holmes O.W. The Common Law. Boston: Little, Brown, 1881. Lecture I.

подхода, укорененные в двух разных культурах. Хотя обе они являются разновидностями подхода, в рамках которого идеал *ordo* — общественного порядка — должен быть укреплен при помощи права, настолько сильно отличаются, как будто у них вообще нет ничего общего и они являются разными ответами на разные вопросы.

1. Правовое государство

Культура, которой присуща концепция *правового государства*, покоится на определенных предположениях, сформировавшихся на протяжении истории. Из них я выделяю то, что:

- настоящее по определению свободно и неограниченно. Оно не может быть ограничено прошлым. Законы создаются государством, которое, в свою очередь, находится в зависимости от высшего усмотрения правителя (государя или народного представителя); и
- человеческая деятельность регулируется через ее подчинение нормативным рамкам через принятие правовых повелений. Следовательно,
- чтобы право выполняло контролирующую функцию, нам необходимо создать надлежащие юридические правила, которые будут регулировать деятельность людей и/или институтов.

На основе анализа континентальной правовой культуры, выходящей за пределы концепции *правового государства*, можно вывести дальнейшие выводы, получившие молчаливое подтверждение. Исходя из них, мы можем сделать заключение о том, что:

- только писанный кодекс или конституция могут предоставить правовые гарантии как тому, кто этот документ принял, так и тем, кому он был адресован. Отсутствие подобного документа приведет к небезопасности, беспорядку и даже хаосу;
- писанный закон выражает все правила игры, следование которым ожидается от всего круга адресатов. Этот закон является единственной и исключительной основой общественного договора, на котором покоится общественный порядок. Следовательно,
- любые дополнения и модификации этого соглашения могут быть внесены только посредством изменения (внесения поправок или изменений) закона. Более того, единственной возможной интерпретацией того или иного отклонения в подходе к оценке того или иного правового случая (относительно жесткий или более либеральный подход) является следование велению кодекса в пределах, предусмотренных им отклонений (в сторону относительной жесткости или большей либеральности).

2. Верховенство права

Культура, которой свойственна концепция верховенства права, покоится на других основаниях и уходит корнями в иной исторический опыт. В отличие от предыдущей концепции, она подразумевает, что

- законы являются ровесниками человечества, и право, выведенное из существующего с незапамятных времен обычая, сыгравшее важную роль в истории нации, всегда считалось применимым и надежным. Следовательно,
- в пределах действия идеи верховенства права единственной задачей является уяснение того, что никто не сможет уйти от судебного правосудия в тех случаях, к которым применимо право. В то же время данная идея подразумевает, что
- древний обычай, временным выражением которого является закон, не может быть подвергаться изменениям и обновлениям. Вопрос, касающийся закона, может относиться только к актуализации обычая.

И снова согласие с этой концептуальной культурой подразумевает определенные негласные теоретические заключения. Следующие идеи присущи английскому и американскому подходам к праву:

- основой правового режима является уверенность людей в действии **социального механизма**. Иначе, — и довольно фигурально, — говоря, предполагается, что, в конце концов, при поддержке негласных традиций, родившихся в хорошо развитом обществе, право способно организовывать себя и свою работу в рамках тех направлений, которые закладывались многими поколениями. По этой причине оно может **самостоятельно функционировать** только при условии того, что традиция не разрушена и что ее правовые составляющие не стерлись (чего, кстати, никогда не происходило на всем протяжении истории английского или американского права);
- понимание того, что единственной задачей общества по отношению к праву является позволить праву действовать свободно. Право обязательно само организует все то, что оно считает необходимым для своей работы;
- понимание того, что право не следует провоцировать или заставлять давать ответы. Люди не должны пытаться оказать влияние на действие права. Все, что нужно делать обществу, это проявлять к праву интерес и обращать внимание на выводы, порождаемые правовой системой.

II. Идеи правового государства и верховенства права как разновидности самого права

Понятно и без слов, что вышеуказанные различия уходят корнями в различное восприятие, предопределенное мировоззрением и базовым правопониманием, в идеологию, находящуюся на службе у юристов и, следовательно, в конвенционализированную посредством традиций юридическую технику.

1. *Идея правового государства и концепция права континентальной Европы*

Континентальная концепция права постулирует, в первую очередь, то, что мы сами подчиняем себя власти или правилу, воплощенным в тексте. Это свидетельствует о том, что в основе данного правового мышления находятся **аксиоматический идеал** и **логический образец**. Последний коренится в идеале, в соответствии с которым то, что является умственной операцией, в основе своей представляет следствие, вытекающие из логической связи и, как в классической форме нормативного силлогизма, следствие, вытекающие из серии дедуктивных заключений.

А. Логический образец

а) *Аксиоматизм*. Использование логики применительно к юридическому мышлению означает его организацию в аксиоматическую или квази-аксиоматическую систему⁵.

Аксиоматическая система разделяет утверждения, которые могут быть сделаны об окружающем мире в пределах границ системы (или, точнее, логические постулаты, соответствующие данным утверждениям), на аксиомы и теоремы.

В этом контексте теорема определяется как логическое следствие одной или более аксиом. Другими словами, теорема ни при каких условиях не может стать двигателем независимых мыслей или утверждений. Это — продукт **жесткого применения** исходных посылок. В

⁵ Varga Cs. 1) Leibniz und die Frage der rechtlichen Systembildung / Materialismus und Idealismus im Rechtsdenken Geschichte und Gegenwart. Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden, 1987. P. 114–127 [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 31]; 2) Law and Philosophy, 1994. P. 219–232; 3) Law and its Approach as a System // Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae. 1979. № 21 (3–4). P. 295–319; 4) The Quest for Formalism in Law: Ideals of Systemicity and Axiomatisability between Utopianism and Heuristic Assertion // Acta Juridica Hungarica. 2009. № 50 (1). P. 1–30.

аксиоматической системе нет третьего варианта выбора. В результате, все акты, имеющие целью внести в систему нечто новое, должны вносить изменения на уровне аксиом. Акт может быть либо аксиомой, либо чисто механической функцией, вытекающей из аксиом(ы).

Если постулат внутри системы оказывается независимым по отношению ко всем ее аксиомам, мы должны рассматривать сам этот постулат в качестве аксиомы. Очевидным является то, что ни одна система не может быть построена на аксиомах, которые противоречат друг другу.

Также система является **закрытой** в том смысле, что ее аксиомы — то есть утверждения, лежащие в ее основании — по определению являются кодифицированными. Следовательно, для теорем также не характерно усмотрение. В конце концов, даже выдвигаемые в рамках системы утверждения также являются прекодифицированными. Другими словами, ни один из системных элементов не может быть случайным.

Соответственно, ни одна новая аксиома сама по себе не может войти в заданную систему. Любая новая аксиома разрушает старую систему — пока мы не сможем устранить спорное утверждение, доказав его несостоятельность. Конечно, фактом остается то, что доказанная несостоятельность рассматриваемого утверждения по определению создает абсолютно новую систему *eo ipso facto*.

Все это означает, что в аксиоматической системе все формы творческой деятельности сосредоточены на самом **воплощении** аксиом в жизнь. Все остальные формы деятельности сводятся к исполнению. Иными словами, они сводятся к выведению механические и логически неизбежных заключений.

б) Логическое подчинение. Существует два возможных варианта правового воплощения аксиоматического образца мышления. Оба эти варианта различаются в концептуальном плане и в применении логической субсумции.

ба) Логическая детерминация. Первоначально, в течение многих веков логическая субсумция считалась идентичной логической детерминации. Кульминация этой тенденции имела место во второй половине XIX в. в так называемой юриспруденции понятий (*Begriffsjurisprudenz*). В этом периоде произошло окостенение кодифицированного права — тогда доктрина юридического позитивизма, в свое время сформировавшая конструкцию юридических понятий в континентальной Европе, была упрощена до законодательного позитивизма (*Gesetzespositivismus*).

Самое последнее определение логической детерминации было дано Жоржем Калиновским, поставившим под сомнение идеи Хаима Перельмана в их споре о соотношении формализма и антиформализма. В соответствии с этим определением, все развитие, которое происходит в области права, выражаемо и конструируемо посредством логики и в ее формулах. Или же, **«нормативный силлогизм»** является логической манифестацией правового события, а судебный вердикт является единственным возможным и воспринимаемым результатом такого события. Это и только это можно вывести из права логическим путем⁶.

Из этого убеждения вытекает характер и идеология юридической профессии, рассматривающей судью в качестве слуги закона — или его уст, в терминологии Монтескье⁷.

bb) Нормативное определение правовых рамок. Политические перевороты и научные открытия конца XIX — начала XX вв. опровергли строгость и исключительность, присущие реконструктивной идее причинности и параллельное ей методологическое понятие логической детерминации. В результате новаторской работы социологов (Макса Вебера и Ойгена Эрлиха), французского движения свободного права (Франсуа Жени) и, наконец, логической реконструкции, предпринятой венской школой неопозитивистов (Ганса Кельзена и Адольфа Меркля), смысл логической субсумции стал определяться как начертание или заполнение доступных нормативных рамок⁸.

Самое полное суммирование этой теории было дано Кельзеном. Согласно его позиции, нормативные рамки являются заданными и в то же самое пустыми по определению. Все, что нужно, это заполнить пустоту рамок. Именно решение судьи по конкретному делу заполняет рамки, излагая позицию по конкретному делу в качестве возможной в пределах юридических правил.

Что касается концептуальной конструкции, она была создана на основе ступенчатой теории (*Stufenbautheorie*) и толковалась как применение норм. Эта теория признавала относительность раз-

⁶ Horowitz J. Law and Logic: A Critical Account of Legal Argument. New York & Vienna: Springer, 1972. [Library of Exact Philosophy].

⁷ Montesquieu Ch. De l'esprit des lois [1748], book XI, chapter VI.

⁸ Varga Cs. 1) On the Socially Determined Nature of Legal Reasoning // Logique et Analyse. 1973. № 61–62. P. 21–78; 2) Logic of Law and Judicial Activity: A Gap between Ideals, Reality, and Future Perspectives / Legal Development and Comparative Law. Budapest: Akadémiai Kiadó, 1981. P. 45–76.

деления понятий правотворчества (*Rechtsschöpfung*) и правоприменения (*Rechtsanwendung*). Она считала усмотрение сутью всех попыток заполнить нормативные рамки. Соответственно, говоря кратко, каждое индивидуально решение, указывающее в сторону конкретизации общего нормативного принципа, считается **применением**. Однако, если посмотреть с другой стороны, тот же акт может считаться **творчеством**. Потому что рассмотренные с позиции того *общего*, что было разбито на нечто *конкретное* — направление, метод и содержание этой разбивки далеко не являются заранее определенными. Подобное действие также не испытывает недостатка в альтернативах, ибо в принципе всегда можно действовать по-разному. Возвращаясь к *Stufenbautheorie*. Хотя изначально и не важно, по какой причине происходит разбивка общего на конкретное, эта причина будет с этого момента считаться данной для всех последующих попыток конкретизации. Вот так заполняются нормативные рамки.

Точно также структурируется система источников права. Пространство между ее вершиной и средними уровнями (то есть между конституцией и актами, принятыми центральной властью) заполнено массой общих норм; эта масса является однородной, иерархической и свободной от противоречий. Ее нижние уровни (варьирующиеся от актов, принятых местными властями, до судебных и административных решений) содержат индивидуальную реализацию и имплементацию вышеуказанных норм в сильно различающихся между собой горизонтальных областях.

Из этого следует, что судебное решение является **субъективным утверждением** под ответственность самого судьи, т.е. лично отстаиваемой позицией. Это просто собственный, незаменимо индивидуальный вклад судьи в тело права. Он является незаменимым, индивидуальным и строго творческим, потому что происходящее здесь и сейчас заполнение судьей заданной нормативной рамки может осуществляться, в принципе, в бесконечном количестве форм. Это бесконечное разнообразие может также создать бессвязные элементы и предполагаемые несоответствия в заданной горизонтальной области. В условиях разнообразия вариантов при заполнении рамки, единственным общим знаменателем различных судебных решений оказывается то, что, — по крайней мере, в соответствии с их собственными утверждениями — все они предназначены для заполнения одной и той же готовой нормативной рамки.

В. Последствия для структуры и онтологии права

Осознание всего этого приводит нас к нескольким выводам. Мы должны рассмотреть и подтвердить эти выводы, независимо от того, насколько новаторскими они могут показаться на первый взгляд.

а) Юридическая сила как решающий критерий. Самое главное — это то, что каждое отдельное юридическое дело допускает не одно решение, а неопределенное число и разнообразие конкурирующих решений. Именно поэтому решение судьи является подлинным актом творчества. Это — правотворческий вклад в наиболее строгом смысле слова. И именно поэтому нужен форум для обсуждения, гарантирующий распознавание и прояснение, помогающий сохранить особую природу права. Такой форум также поможет отличить, — устанавливая их принадлежность в подлинно юридической манере, — решения, приемлемые для заполнения рамки, оставленной вышестоящими нормами, от других решений, которые не подходят на эту роль из-за имеющегося у них потенциала заполнить только некоторые другие — в этом случае, экстра-правовые — рамки.

Юридическая сила, называемая принципом *res adjudicata*, обеспечивает такой форум.

В таком общем и довольно философском смысле, юридическая сила является простым соблюдением (в целях гарантирования сообразности — в смысле согласованности, свободы от противоречий — норм) чисто **процедурного принципа**, в соответствии с которым именно **последний шаг, сделанный на самом высоком из доступных уровней**, должен считаться авторитетным во всей последовательности индивидуальных судебных решений, основанных на совокупности заданных этим шагом норм. Этот и только этот шаг признается **определяющим и заключительным** в рамках системы.

Таким образом, юридическая сила получает новое значение в смысле власти по выбору значений. Кроме того, что юридическая сила знаменует окончание процесса, она является официально признанным стандартом, на основе которого производится выбор из конкурирующих потенциальных заполнителей.

Однако, если нашим исключительным критерием является «истина» или «правота», получаемая в судебном процессе, независимо от того, происходил ли на самом деле этот выбор, нашу концепцию придется радикально изменить. Сам выбор в данном аспекте объясняет, таким образом, что «объективного отношения» нет или что между нормой, обладающей высшей юридической силой, и ее рам-

кой *in se* и *per se* существует логическая необходимость, которую пришлось разорвать, чтобы конкретизировать эту норму. В этом случае юридическая сила (вместе с институциональными — конвенциональными и консенсуальными — играми, управляемыми ею) остается единственным фактором, контролирующим судебный процесс.

В свою очередь это означает самоуничтожение целой формальной теории, включая ее перспективы, основанные как на логике, так и на применении норм.

b) Переосмысление с позиции философии науки и языка. Здесь мы столкнемся с проблемами, относящимися к философии науки и языка, а также с прагматическими вопросами, свойственными современному пониманию права.

ba) Право как онтология понятий и текстов. В самих по себе понятиях и текстах, бесспорно, недостаточно потенциала для оказания влияния на наши действия или осуществления за ними контроля. Только мы сами можем оказывать влияние на свои действия и контролировать их. В общественной жизни мы обычно это делаем путем:

- серьезного отношения к традициям, к практике, сложившейся для определенной профессии, и к внутренней потребности сохранять существующие, т.е. доминирующие конвенции,
- дачи ответов на общественные запросы и, таким образом,
- утверждения и переформирования своими действиями различных общественных традиций и особенно тех, которые направлены на установление образцов и исполнение ролей.

Что касается того онтологического утверждения (оно представляет собой уже совсем другой вопрос, относящийся совсем к другому виду отношений), что для регулирования своей деятельности (и/или для обеспечения контроля такой деятельности со стороны других лиц способами, демонстрирующими формальную прозрачность) мы привлекаем (ссылаемся на или интерпретируем) понятия и тексты в качестве референций, т.е. просто как инструмент для упрощения сложности социального взаимодействия.

bb) Роль логики. Более пристальный взгляд на логику показывает, что она имеет дело ни с реальностью и ни с отношениями, свойственными последней, а с согласованностью, совместимостью, последствиями и отсутствием противоречий

- понятий, в том виде, в котором мы их определяем, а также
- их отношений, в том виде, в котором мы их определяем.

Точнее, логика обращается к понятиям и их соотношениям только, если они появляются в процессе применения к другим понятия и отношениям или охватывают их.

С. Промежуточное заключение

Таково наше интеллектуальное наследие. Такова наша традиция. Несмотря на кажущееся несовершенство, она по-прежнему проявляет исторически обусловленное стремление людей и культур европейского континента к чему-то осязаемому, во что они могли бы вложить свою уверенность и через которое они могли бы продемонстрировать эту уверенность как независимую от них. Вполне возможно, что мы просто наблюдаем поиски твердой опоры среди исторических вариаций. В любом случае, речь идет о стремлении к чему-то прочному и конкретному, способному встать на место неуловимых и изменчивых человеческих отношений, обещающему дать наглядный, неподвижный остов, нечто, что можно трогать, показывать и рассматривать с разных сторон — здесь можно привести в пример символизм скрижалей Моисеевых законов.

**2. Верховенство права
и англо-американская концепция права**

Идея верховенства права, как продукт английского и американского исторического опыта, питает доверие к самим социальным процессам. Этот опыт считает самоорганизацию, воспроизводство и постоянное обновление социальных процессов фундаментом, на котором стоит правовая система. В рамках этой традиции исторический опыт не поставил искусственные конструкции, созданные человеком, на роль опор преемственности. Здесь право не воплощается символически в конкретных образах, а вместо этого покоится на естественной самоорганизации человеческих процессов. Праву вверяется забота о **непрерывности органического социального существования**. Вот так общественное мнение, удачно описанное классиком, способно служить основой права⁹.

Как ясно следует из термина «отправление правосудия», англоязычная цивилизация считает «правосудие» особой формой права и способом проявления права. И правосудие «отправляется» тем же

⁹ Dicey A.V. 1) Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution. London: Macmillan, 1885; 2) Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century. London: Macmillan, 1905.

способом, которым осуществляются функции управления. В противоположность дедуктивной природе аргументации, свойственной континентальному праву, подход общего права берет начало от индивидуальных дел и распространяет свою всеохватывающую сеть далее. И все же данный подход основан на принципах — он продолжает существовать, переосмысляя эти принципы и их контексты.

В повседневной судебной практике это называется **методом сходств и различий**. Этот принцип предоставляет в распоряжение судьи все имеющиеся прецеденты. Судья начинает с лежащего перед ним индивидуального дела и, имея целью прийти к заключению, которое будет одновременно и справедливым, и основанным на принципах, он направляет свое рассуждение от менее общих начал через имеющиеся у него в наличии прецеденты и реконструируемые из них принципы к доктринальным ответвлениям всех задействованных понятий. Однако, если судья в определенной точке понимает, что невозможно идентифицировать имеющийся случай при помощи предположений и наследия прошлого, — то есть когда он видит, что для этого конкретного дела нет архетипа, — судья создает для него другую концептуальную схему *sui generis*, которая отличается от всех образцов, признаваемых ранее.

Соответственно, в юридическом мышлении, присущем общему праву, *общее* не доминирует над *конкретным* и не перевешивает его. В то же самое время, *конкретное* не является хаотичным. *Конкретное* достигает своей общей цели не по чистой случайности, а в соответствии с общепризнанными проявлениями *общего*.

III. Роль понятийной общности

Эволюция науки показывает, что общее абстрактное понятие является инструментом, используемым, в первую очередь, в рамках систематизации в целях проведения различий. Общее понятие не ставит перед собой задачу беспощадно занять самое высокое положение. Оно призвано выделить концептуальные поля, сложившиеся из мыслительной деятельности человечества.

1. Парадигма о сущности понятия

А. Традиция Рима

Общее понятие появилось в греко-римской правовой культуре на довольно ранней стадии развития. Однако, его цель не сводилась к созданию нормативных систем или аксиоматических иерархий.

Нормы, рассматриваемые в своей абстрактной общности — если они вообще формулировались в то время — были просто отправными точками для юридической аргументации. Виллей описывал их функцию в качестве **трамплина**. Общее понятие было создано исключительно для нахождения и генерирования идей. Но оно определено не было оковами, в которых мятежный разум должен был найти покой¹⁰.

В. Дуализм мира человеческих понятий

Господство аксиоматического идеала продлилось на века — от средневековья до современной эпохи.

В наше время современная философия возвращается к ранним традициям в нескольких отношениях. В области философии права некоторые старые образцы уже получили новое отражение в работах начала XX в. с признанием аксиоматического наследия логики в исследовании понятий.¹¹

Отличие, которое такие правоведы провели между **понятиями системы** и **понятиями порядка** (*Systembegriffe* и *Ordnungsbegriffe*), по-новому утверждает теоретическое наследие аксиоматического подхода в той степени, в которой так называемые системные понятия служат только для того, чтобы отмечать места в системе понятий. Системные понятия должны быть недвусмысленными, поскольку содержат определяющий элемент — либо «здесь», либо «там». Феномен, идентифицируемый понятием «система» либо является частью заданной системы понятий, либо нет. Третьего не дано. Здесь мы не можем использовать никакую форму диалектической неопределенности или случайный признак понятийных отношений. В противоположность этому, понятие порядка показывает только направление со ссылкой на частоту или редкость появления (то есть, сгущение или разреживание количества событий) чего-то похожего. Это понятие стремится разделить только скопления характеристик. Когда бы ни применялось понятие порядка, наш вопрос, касающийся искомого объекта или понятия, мо-

¹⁰ Villey M. Histoire de la logique juridique // Annales de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Toulouse. 1967. XV (1). P. 65–82.

¹¹ Hempel C.G., Oppenheim P. Der Typusbegriff im Licht der neuen Logik. Leiden: Si-jthoff, 1936, Oppenheim P. Von Klassenbegriffen zu Ordnungsbegriffen // Travaux du Congrès International de Philosophie Congrès Descartes, 9 // Paris: Hermann, 1937. P. 69–76, Radbruch G. Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken // Revue internationale de la Théorie du Droit. 1938. XII (1). P. 46–54.

жет привести только к одному из следующих вариантов ответа: «оно более или менее похоже» или «оно более или менее сопоставимо».

Однако, существуют системы понятий, которые являются формальными и, таким образом, *per se* искусственными. Человек создал их искусственным путем для конкретной цели и сознательно в форме, чуждой реальности. Вид мышления, в котором они применяются, строится на принятии логической субсумции.

С. «Понятие порядка» в праве?

В англо-американской цивилизации понятие права не отождествляется с тем, что было «принято», «создано» или «издано» законодателем. Вместо этого, правом считается то, что суд рассматривает в качестве права. Судебное решение провозглашает значение того, **что есть «право» в данном конкретном случае.**

По этой причине мыслители, принадлежащие к традиции общего права, считают свое «право» подобием дерева, сложившегося из индивидуальных судебных решений и раскидывающего свои ветви на долгие века. Каждое судебное решение может превратиться в прецедент, обогащающий право и правовую культуру день ото дня. Правоприменительный процесс использует технику сходств и различий и, следовательно, создает новые ответвления в процессе непрекращающегося обогащения права. Благодаря этой цепи сходств и различий, право никогда не сможет достигнуть состояния завершенности, потому что новые ситуации порождают новое различие, и тут всегда имеются новые ответы.

В подобном правовом развитии нельзя обнаружить ни эволюцию, ни линейность. Система прецедентов должна пониматься как последовательность свободных соединений, своего рода случайно скопленная масса. Метафора «**письмо по цепочке**» делает этот процесс похожим на литературную игру, в которой каждое слово, фраза, абзац и проч. в тексте записываются разными игроками. По мере того, как они сменяются, каждое единичное совершенствует этот прецедент, однако невозможно применить какое-либо ограничивающее правило или прогноз к самому концу цепочки¹².

Следовательно, англо-американское понятие правового развития полностью свободно от любых доктринальных проблем: оно

¹² Dworkin R.M. Law as Interpretation // Texas Law Review. 1982. № 60. P. 527–550, и его критика: Fish S. Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies. Durham & London: Duke University Press, 1989. P. 89–119.

не содержит намеков на воссоздание некоей системы, потому что каждый из шагов самостоятелен. И все же его структура не является анархичной — ведь ее авторы заботятся о том, чтобы их ответы обеспечивали будущее права.

Здесь необходимо прояснить, что с точки зрения техники, любое решение может быть описано в качестве одной из трех **возможных альтернатив**. Суд свободен в своем выборе. Единственным важным моментом является то, что он должен быть способен обосновать свой случайный выбор, а в мотивировке своего решения он также должен быть способен отстоять свои аргументы перед любой формой обжалования.

Соответственно, заданное решение может:

- следовать предыдущему решению; или, наоборот,
- стать независимым и оригинальным, заполняя концептуально независимое пространство, отличающуюся и отделяющуюся от концептуального направления предыдущих решений; или
- открыто перешагнуть через уже существующие прецеденты. В условиях практики это то же самое, что следование предыдущим решениям. В этом случае решение также принимает концептуальную дифференциацию, на которой основывается предыдущее решение, но присоединяет другие правовые аргументы и/или последствия к тем квалификациям, что вытекают из дифференциации.

Позвольте повторить, что выбор здесь **не ограничивается логикой**. В действительности, выбор понятий и соответствие прецедентам определяется применяемой конвенцией.

Описательное понятие **рефлексивного равновесия** относится к такому же отношению, возникающему между принципом и правилом вынесения судебного решения¹³. В соответствии с сутью такого отношения, ни один принцип не может быть исчерпывающим сам по себе и для себя. Принципы не могут ничем управлять, а также не могут иметь определенного содержания. Более того, в индивидуальных делах правила вынесения судебного решения не являются принципиально значимыми. Только при помощи проекции этих принципов друг на друга можно заполнить их содержанием (и, следовательно, дать им на время хорошо определенное содержание) и обосновать правило вынесения судебного решения через принципы (что, несо-

¹³ Rawls J. A Theory of Justice. Cambridge: The Belknap Press of the Harvard University Press, 1971. P. 20–21, 48–51, 120.

мненно, представляет этот уникальный и случайный процесс в качестве функции некоторого ранее существовавшего *общего* процесса, в качестве его последствия). Только непрерывная проекция этих принципов друг на друга может ответить на следующие вопросы: о каком принципе идет речь и «что он гласит?»; о каком правиле принятия судебного решения идет речь и «что оно гласит?»

Д. Различные подходы к праву? Случайная общность права?

Структура судебной аргументации, характерной для гражданского права, основанного на **понятийной дихотомии и поляризации**, предельно отделена от структуры судебной аргументации, характерной для общего права, которое, в свою очередь, построено на **случайно подобранных ответвлениях** (разделениях) потенциальных аргументов, применимых к любому индивидуальному делу. Первая построена на концептуальном разделении *А* от *не-А*, а последняя открыто заявляет, что применяет индивидуальные соображения к каждому индивидуальному случаю и именно поэтому не обещает следовать любой правильной системности.

Но все это является лишь внешним видом, различия в котором хоть и не имеют принципиального значения, но и не являются совсем уж несущественными. В конце концов, дихотомическая структура, основанная на строгой концептуальной дифференциации, обнаруживает свое *необходимое* значение только в **формальной логической проекции** на две области, имеющие равный объем и протяженность и равную теоретическую важность. Фактически, при помощи любого разделения содержания данная структура может стать случайной и необоснованной — равно как и концептуальные ответвления общего права могут определяться чисто индивидуальными соображениями.

Другими словами, все то, что мы в настоящее время обсуждаем, едва ли представляет собой нечто большее, чем различающиеся вербальные конструкции, уходящие корнями в разные способы именования и в относительно концептуальные культуры.

Правило и принцип сосуществуют во всех правовых культурах. Различаться могут разве что пропорции правил и принципов, а также их соотносимые потенциальные возможности. Но разницы между ними нет, особенно в том, что касается выбора того, какую из имеющихся альтернатив следует использовать и каким образом — такой выбор относится к исключительной компетенции судьи. В этом заключается суть искусства юридической профессии.

Перенос права

(глобализация, действия масс,
критика и разочарование)

Проблема правовых воздействий, приводящих к переносу правовых норм из одной правовой системы в другую, принадлежала к исследовательской сфере сравнительного правоведения, включая несколько последних десятилетий. В истории права это явление рассматривалось как одна из потенциальных возможностей развития права. В социологии права и юридической антропологии к ней обращались, чтобы диагностировать случаи дисфункции или неудачи. С тех пор ситуация радикально изменилась. Сейчас сам этот феномен и политический интерес, питаемый к нему в мировом масштабе, стоят на повестке дня. Это выражается в изменении концептуализации путем смещения ее акцентов на правовую культуру как на среду, делающую право возможным, а его технические средства совместимыми с инструментами и навыками, позволяющими любой культуре развиваться.

1. Технические средства

В своей первой работе Уотсон не предлагает определения сформулированному им понятию «**правовой трансплантации**». Он просто говорит о феномене «перемещения правил» или «постоянного значительного заимствования [...] правил». Более подробное описание он дал позднее, в своих ответах на критику. Соответственно, он с самого начала считал очевидным, что «правило, которое было однажды трансплантировано, становится другим в своем новом доме» и что «заимствуются именно правила, институты, правовые понятия и структуры, а не нормы законодательства». Фактически, в своих рабочих выводах к первой работе он в самом деле объявил, что «право, как и технология, во многом является плодом человеческого опыта. Совсем немного людей думали о колесе, и все же, когда оно однажды было изобретено, его достоинства смогли быть замеченными и колесо стало использоваться многими; некоторые важные юридические правила были изобретены несколькими

людьми или нациями, и с тех пор их значимость смогла быть оценена, и сами правила были приняты для потребностей многих наций»¹. Сейчас пересматривая свой тезис о социальной инерции, он утверждает, что правила, которые могут показаться не функциональными сами по себе, могут по-прежнему применяться профессиональными юристами, социализированными в способной трансформироваться культуре, при помощи навыков интерпретации — даже неадекватный схематизированный формализм можно заставить приемлемо функционировать на практике.

Легран никогда не вел битву на два фронта. Как критик Уотсона с позиции теории, он чувствовал, что имеет призвание передать свою тревогу о том, что кодификация общего гражданского права Европейского Союза со *сближением* гражданского и общего права, стремящаяся к объединению в ближайшем будущем, не является реалистическим ожиданием. Это связано с тем, что Легран в течение длительного времени придерживался точки зрения, согласно которой право, понимаемое в качестве правила, как простая текстуальная объективация, не может интерпретироваться без глубокого понимания культурного фона, придающего ему значение и смысл. Другими словами, **правило** и доминирующая **культура** являются сторонами одного целого, чьи компоненты находятся во взаимодействии. Здесь имеются в виду континентальный и англо-американский правовые режимы — в своей основе две совершенно разных *юридических ментальности* — которые не могут быть приведены к общему знаменателю. Следовательно, различия, имеющиеся в их истоках и в культурах, лежащих в их основах, не могут быть унифицированы ни волевым актом, ни простым велением. Все эти различия следует рассматривать в качестве заданных условий, так что новые установления, способные их преодолеть или заставить их пойти другим путем, могут появиться только в результате особого исторического развития, порождающего новые условия.

Легран заявил, что «правило никогда не объясняет себя полностью», потому что — будучи в себе ничем иным, как поверхностным явлением — оно не может ничего означать. А если мы полагаем, что правила обладают своим значением, тогда их трансплантация

¹ Watson A. 1) Legal Transplants. Athens, Ga.: University of Georgia Press, 1993. P. 21, 107; 2) Legal Transplants and European Private Law // E[lectronic]J[ournal of]C[omparative] L[aw]. December 2000. № 4 [Ius Commune Lectures on European Private Law 2] URL: <www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html>. P. 2; 3) Legal Transplants: An Approach to Comparative Law. Edinburgh: Scottish Academic Press, 1974. P. 95–100.

является безнадежным мероприятием с самого начала. Потому что наделение текста значением или определение значения при помощи текста в пределах новой окружающей среды далеко не заканчивается простым актом физического перемещения формы, символа или текста. Как продолжает Легран, «правило, которое было «там» [...] само по себе не перемещается «сюда»». Это означает, что на кон поставлено нечто гораздо большее. Это значит, что языковые знаки перемещаются не просто как символы. Когда мы пытаемся укоренить их в другой среде или окружении, они развивают новые значения, более или менее независимые от тех, что появились в их родной среде и окружении. Соответственно, «[з]аимствованная форма слов, таким образом, быстро обнаруживает на себе влияние интегративной способности, присущей принимающей культуре». В общем, «*extra culturam nihil datur*», то есть ничто не может быть дано за пределами культуры².

Я бы сказал, что приведенная ниже таблица более или менее описывает то, о чем мы недавно говорили:

Юридический позитивизм его развитие и постепенное преодоление
Сравнительное правоведение → Уотсон → Легран → сравнительные правовые культуры

В этой схеме направление движения, с одной стороны, определяется классическим «сравнительным правоведением», стоящим на позициях юридического позитивизма в своем подходе к праву, то есть к его части, понимаемой в качестве волеустановленного текста; а с другой стороны, «сравнительными правовыми культурами», постигающими истинный смысл права посредством его интерпретации. Точнее, именно в подобной последовательности и Уотсон, находившийся под влиянием реифицированного позитивистского наследия, и Легран, прогнозирующий безусловный разрыв с этой традицией, играли новаторскую роль. Или, другими словами, целью Леграна и результатом его деятельности было теоретическое формулирование контр-концептуализации.

Представляется, что тщательно обоснованной является ремарка Тойбнера, радикально противоположная обоим предыдущим пози-

² Legrand P. What "Legal Transplants"? / Adapting Legal Cultures / Nelken D., Feest J. / Oxford: Hart Publishing 2001. P. 57–58, 61, 59, 62, 63 [The Oñati International Institute for the Sociology of Law].

циям. В ней утверждается, что идея «пересадки» с вызываемыми ею садоводческими ассоциациями с самого начала вводит в заблуждение, так как она работает по принципу «все или ничего!», в то время, как речь в данном случае идет о внедрении новых и ни в коем случае не предсказуемых событий. Потому что «правовые раздражители [...] освобождают эволюционную динамику, в которой реконструируется внешнее значение правила, а внутренний контекст претерпевает фундаментальные изменения»³. То есть «раздражители» «освобождают» то, что в реальности не принадлежит тому (отдающему) или иному (принимающему) миру: пересаживается инородное тело, которое из соображений целесообразности вклинивается в запущенные процессы для того, чтобы на основе своей ожидаемой пригодности стимулировать локальные силы к усиленным действиям и реакциям. Соответственно, *трансплантат* ожидает совершенно непредсказуемое будущее, в которое невозможно вмешаться. Поскольку, как новая часть набора правовых средств, он может быть использован **произвольно** и/или **просаботирован** (или нарушен, или неправильно использован) в любом направлении.

Тем не менее, помощи «эволюционной динамики» трансплантат внедряет в процесс новый фактор. Фокус нашего анализа может быть направлен на «судьбу» рассматриваемого правила, только если мы будем ее изучать с телеологической позиции, ненужной в данном случае. Если в качестве *трансплантата* был введено лишь средство, то именно пропитка принимающей культурой делает из него то, чем он на самом деле является.

В свете вышесказанного, все это является не более, чем чистым техническим приспособлением, средством, которое может быть использовано в руках того, кто первым его освоил. Тридцать лет назад у меня сложилось чувство, что от такого объяснения можно что-то ожидать: «право можно сравнить с техниками, созданными человеком. Они появляются в заданной среде, чтобы отвечать поставленным перед ними требованиям на протяжении всей истории; однако, стоит им появиться в истории, как они становятся пригодными для использования за пределами первоначальной среды, в рамках разных контекстов, как общее сокровище человеческой культуры. И это означает, что право является относительно открытым как один из элементов в огромном наборе **технических** средств в едином социальном процессе».

³ Teubner G. Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences // The Modern Law Review. 1998. № 61 (1). P. 12.

2. Проблемные поля

А. Противоположности

В самом деле, в период подъема после Второй мировой войны стали фактически распространяться различные формы переносов права. Однако, как в странах, начавших строить свои независимые правовые системы после окончания колониальной зависимости, так и в других афро-азиатских и латиноамериканских странах, борющихся со своим тормозящим наследием, направление прогресса сначала указывалось лозунгом «европеизация», потом, более определенно, «вестернизация», а позднее — «модернизация»: с недвусмысленной ссылкой на капиталистические формы и соответствующие способы мышления. Тогда Советский Союз стал центром империи не только с точки зрения вооружения, но и как экспансивная власть, стремящаяся к гегемонии, а сфера его влияния стала простирается за пределы центрального и восточноевропейского региона — на страны третьего мира. Сила этого влияния была практически такой, что можно было бы применить к ней термин «социализм советского типа». Это все равно, что сказать, что разделение мира на два монолитных блока власти во время «холодной» войны также включало в себя разделение мира на две части в идеологическом плане. В нашем все еще сверхидеологизированном мире — отлично характеризующемся не-оутопизмом программы «конца истории» Фукуямы — большинство предварительно запланированных переносов права претендуют на экспорт правил как в целом, так и в части: в качестве инструмента опосредованного господства. Потому что в целом такие переносы имеют целью определенные страны, полностью присоединяющие (идеологически, политически, экономически и в своих организационных структурах) тот или иной блок власти, представляющий тот же самый правовой этос, мировоззрение и институционализацию (с теми же правилами и другими структурными элементами или несколько приспособленными к локальным условиям).

Эта модель работает в противоположность векам идеологического безразличия (от рецепции римского права к модернизирующему заимствованию законов в Японии и турецкой секуляризированной кодификации и далее до «фантазийного права» гражданского кодекса Эфиопии, промульгированного в 1960 г.), когда достичь реформ можно было путем принятия неких правил, в основном не имеющих идеологического подтекста⁴. В последние десятилетия

⁴ Varga Cs. Codification as a Socio-historical Phenomenon, 2011.

большинство реформ в области права, основанных на моделях, взятых извне — как будто в соответствии с неким единым комплексным планом — продвигаются вперед с присущим «миссионерским высокомерием»⁵ как стремление к распространению цивилизации в новом идеологическом контексте. Вот так, от простого заимствования правил в прошлом история права приходит к повторному освоению общих образцов, преследуя грубую цель, состоящую в том, чтобы **вся социальная философия** — включая точки зрения, концептуальные пути и институты — была воспринята другими обществами. Практика современной Америки в настоящее время часто описывается как худший пример подобных процессов, поскольку она не замечает, насколько идеологическим является взятое в качестве отправной точки предложение — выдающее формализм за панацею — забыть о трудностях и подразумеваемых препятствиях во время применения их на практике⁶.

В. Критика

Одним из примеров данному тезису является то, каким образом американское движение «Право и развитие» пыталось — путем невероятных усилий, которым не удалось ни к чему привести — трансформировать гигантский латиноамериканский континент в нечто вроде уменьшенного подобия североамериканского континента. Легкость, с которой экспортеры выставляли свои общественные механизмы в качестве исключительно достойных и жизнеспособных образцов цивилизации для всего мира, сейчас воспринимается с должной критикой. Нет сомнений, что при получении скудных результатов последовало огромное разочарование. Одновременно с тем, как в настоящее время с долей прохладного скептицизма стала переоцениваться «американская мечта», зрители начали понимать природу лежащего в ее основе примитивного механистического мировоззрения, в условиях которого право и юридические правила смотрятся как съёмные и автономные части, которые, следовательно, могут быть легко трансплантированы. Так, «ни одна другая страна не использует юристов и правовые институты так экстенсивно и экспансивно, как США», потому что «[п]рактически нигде судебная тяжба не является в такой степени орудием соци-

⁵ Gardner J.A. *Legal Imperialism: American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*. Madison: University of Wisconsin Press, 1980.

⁶ Carothers T. *The Rule of Law Revival* // *Foreign Affairs*. 1998. № 77 (2). P. 95–106. URL: <<http://www.carnegieendowment.org/publications/index.cfm?fa=view&id=165>>.

альных изменений». Это означает, что Соединенные Штаты Америки «почти уникальны в той степени, в которой они вверяют общий правотворческий процесс [...] своим судам». Или, проще говоря, политическая жизнь Америки наполнена отвращением (со стремлением к победе любой ценой) к встрече лицом к лицу с истинными проблемами. В свете «нежелания американских политиков принимать решения, стоящие голосов», эта черта, представляющая собой негативный показатель, объясняет, почему, например, именно «[с]уды... выполняю задачу по защите меньшинства от политического большинства». Однако, все это создает отдельную историческую среду, следствием чего является то, что «[л]ежащие в ее основе факторы [...] больше нигде не могут быть воспроизведены»⁷.

Но не только культура предлагает себя в качестве модели, закрывающей глаза на эти факты. Просто она с самого начала поместила себя на самую высокую позицию — имея тщеславный менталитет и преумножая свои преимущества и доходы. Следовательно, попытка устанавливать модели неслучайно была сурово осуждена как воплощающая «привилегированный статус», сопряженный с «созданием искусственных привилегий для доступа к власти», с «подразумеваемым превосходством их собственного внутреннего «развития» над внешними «недоразвитыми» знаниями», в рамках которого «незнание культуры и общества своей цели» может стать одной из решающих черт. Вина этого подхода усугубляется тем фактом, что безответственное и циничное невежество было отмечено с самого начала в виде «относительного безразличия к последствиям», возникающим на практике⁸.

Следовательно, окончательный баланс может быть только разрушительным. Соответственно, «движение «Право и развитие» во многом шло неправильным путем [...] это неэффективное, если не вредоносное, техническое средство и второстепенный научный подход»⁹. После того, как была сделана комплексная социальная

⁷ Franck T.M. The New Development: Can American Law and Legal Institutions Help Developing Countries? // *Wisconsin Law Review*. 1972. № 12 (3). P. 782, 784, 783.

⁸ Zagaris B. Law and Development of Comparative Law and Social Change: The Application of Old Concepts in the Commonwealth Caribbean // *University of Miami Inter-American Law Review*. 1988. № 19 (3). P. 555.

⁹ Merryman J.H., Clark D., Friedman L. Law and Social Change in Mediterranean Europe and Latin America: A Handbook of Legal and Social Indicators for Comparative Study. Stanford: Stanford University Press & Dobbs Ferry, N.Y.: Oceana, 1979. P. 18 [Stanford Studies in Law and Development].

и политическая оценка всего этого предприятия, нельзя не вспомнить о ситуациях единовременного подчинения эксплуатационным отношениям в торговле и захвата земель. Ведь «колониальные власти стремились разрушить культурные образцы традиционных обществ в основном потому, что многие из их существенных черт предостерегали жителей традиционных обществ от подчинения социальных, экологических и духовных императивов краткосрочным экономическим средствам, обслуживаемым участием в колониальной экономике [...] Молодое поколение было лишено этих традиционных знаний, которые в одиночку могли сделать их деятельными членами своих обществ»¹⁰. Здесь нелишне вспомнить о том, что колониальная эпоха еще, возможно, не закончилась, поскольку современные правовые модернисты могут стать правовыми «купцами», преследующими извлечение прибыли в торговых компаниях¹¹.

С. Альтернативы

В итоге можно сказать, что в конце концов этот вопрос был поднят до высоты социальной политики и обсуждается применительно к вопросу о природе глобализации. Действительно, предаемся ли мы самолюбованию, распространяя свои традиции на других? Или же мы можем поддержать других людей самоотверженно, помогая им найти свой собственный путь к оптимальным улучшениям? Движим ли наш интерес простой эгоистической жадностью власти или намерением помогать? В конце концов, какой образец мы выбираем — фокус с гипнозом, исполняемый цирковым артистом, или смирение садовника, всегда внимательного ко всему вокруг? В самом деле, может быть трудно противостоять искушению первого примера, и все же только путь, ведущий обратно к урокам, полученным из опыта, может быть успешным в течение долгого времени.

Достаточно просто процитировать некоторые примеры формулировок современных дилемм, осмысленных и задокументированных Мировым банком, исследования которого вдохновили автора на написание этой работы. Может оказаться, что основанная на правах человека доктрина верховенства права, являющаяся ведущим направлением в Соединенных Штатах, только дестабилизирует обще-

¹⁰ Goldsmith E. *The Way: An Ecological World View*. London: Rider, 1992. P. 285.

¹¹ Greenberg D.F. *Law and Development in Light of Dependency Theory / Research in Law and Sociology: An Annual Compilation of Research*. Greenwich, Conn.: JAI, 1980. № 3. P. 129–159.

ство, испытывающее недостаток ресурсов. За неимением культурного убеждения, что право за это время превратилась из императивного инструмента прямого государственного вмешательства в нейтрального посредника между равноправными сторонами, бизнес может стойко держаться в стороне, отвергая даже попытку реформирования старого права (или опираясь на любое другое право). Западный идеал права сам по себе может оказаться дефектным, как зависящий от случайных исторических особенностей — если будет установлено, что введение рыночной экономики может вступить в конфликт с демократизацией, ибо оно может разделить общество, отдавая предпочтение меньшинствам, которые с самого начала имели привилегии на ведение бизнеса так, как они привыкли; или потому что демократия может излишне поддерживать коррупцию, или из-за того, что оно слишком расплывчато и запутанно. Должны быть установлены только частичные цели, в то же время напоминая нам о необходимости противостоять искушению перепродажи инициатив, поскольку это может подорвать устойчивость в долгосрочной перспективе¹².

Следовательно, уже есть концептуальный сдвиг в предложениях, направленных, например, на достижение постепенного прогресса путем уравнивания полного набора исчерпывающих правовых правил, которые могли бы быть заменены строгим уголовным правом и гражданскими свободами, на которых не делается особых акцентов. Можно также превзойти старое (социалистическое) право в некоторых аспектах, связанных с изменением базового, рудиментарного и структурообразующего основания собственности, контракта, корпоративного права, которые необходимо было бы соблюдать и совершенствовать (когда они уже укоренятся) при помощи социальной, естественной, антимонопольной (и проч.) логики, построенной на них¹³.

¹² Mattei U. The New Ethiopian Constitution: First Thoughts on Ethnical Federalism and the Reception of Western Institutions / Transplants, Innovation, and Legal Tradition in the Horn of Africa. Torino: L'Harmattan Italia, 1995. P. 111–129; Hendley K. Legal Development in Post-Soviet Russia // Post-Soviet Affairs. 1997. № 13 (3). P. 228–251. URL: <http://www.law.wisc.edu/m/ndqyz/legal_devmt.pdf>; Chua A.L. Markets, Democracy, and Ethnicity: Toward a New Paradigm for Law and Development // Yale Law Journal. 1998. № 108 (1). P. 1–107; Pan W. Democracy or Rule of Law? China's Political Future [manuscript] / Conference on China's Political Options, Vail, Col., 19–21 May 2000; Toope S.J. Programming in Legal and Judicial Reform: An Analytical Framework for CIDA Engagment [manuscript] report, 1997.

¹³ Posner R. Creating a Legal Framework for Economic Development // World Bank Research Observer. 1998. № 13 (1). P. 1–11; Waelde T.W., Gunderson J.L. Legislative Reform in Transition Economies: Western Transplants — A Short-Cut to Social Market Economy Status? // International and Comparative Law Quarterly. 1994. № 43 (2). P. 347–378.

3. Заключение

Таким образом, мы пришли к практической иллюстрации нашего теоретического заключения: обнадеживает только **совершенство самой культуры**. Наблюдатель может понять, что в действительности есть такие законы, что набросаны в черновом варианте, еще не приняты, еще мало применяются, а почти ни один из них не побуждает к совершению предписываемых действий. Это связано с тем, что разработчики склоняются к одной из трех контрпродуктивных стратегий: позволяя законам быть результатам компромисса, достигнутого в переговорах заинтересованных групп; обращаясь к средствам уголовного права, чтобы запретить некую практику; копируя право других государств. Решение требует, чтобы иностранные консультанты не действовали как составители законопроектов, но оказывали помощь местным составителям для того, чтобы реализовывать потенциал коренных разработок. Ибо, в конечном счете, судьба модернизирующей реформы находится в руках власти, которая осуществляет выбор в рамках целевой системы; более того, среда, присущая этой последней, может определить конечную судьбу права¹⁴.

Да, это так. Лучше узнать, что необходимо для почвы и ее живой среды, а садовник может прийти и позже¹⁵.

¹⁴ Cooter R.D. The Rule of State Law and the Rule-of-Law State: Economic Analysis of the Legal Foundations of Development // Annual World Bank Conference on Development Economics 1996 / Washington: The World Bank 1997. P. 191–217; Seidman A., Seidman R.B. Using Reason and Experience to Draft Country-specific Laws / Making Development Work: Legislative Reform for Institutional Transformation and Good Governance. The Hague: Kluwer Law International, 1999. P. 249–283; Seidman R.B. The State, Law and Development. New York: St. Martin's Press, 1978; Olden van J. Legal Development Cooperation: Transplanting or Transforming Legal Systems / Legal Development and Corruption CILC Seminar in Tribute for Jan Van Olden, The Hague, Dec. 10, 2002, 8–12. URL: <www.cilc.nl/seminar-publication/>.

¹⁵ Варпа Ч. Верховенство права или дилемма идеала.

Библиографическое описание вошедших в монографию работ

Предисловие к русскому изданию (пер. с англ. Е.Г. Самохиной)

Оглядываясь назад (пер. с англ. Е.Г. Самохиной)

Природа права и правовое мышление (пер. с англ. М.В. Антонова)
Впервые опубликовано: Petre Mares, Jean-Pierre Clero (eds.). *La notion de justice aujourd'hui*. Târgoviște: Valahia University Press, 2005. P. 112–124.

Впервые на русском: *Российский Ежегодник Теории Права*. 2008. № 1. С. 343–356.

Правовая доктрина: методология и онтология (пер. с англ. А.В. Кресина)
Впервые опубликовано: *Acta Juridica Hungarica*. 2008. № 49(3). P. 253–274.

Впервые на русском: *Право Украины*. 2011. № 11–12. С. 94–103.

Природа права. Историческое сравнение правовой онтологии и правовой идеологии (пер. с англ. А.В. Кресина)

Впервые опубликовано: *Acta Juridica Hungarica*. 2010. № 51(2). P. 20–27.

Впервые на русском: *Право Украины*. 2011. № 1. С. 150–159.

Верховенство права или дилемма идеала: садоводство против механизации (пер. с англ. Л.Г. Гоцко, Н.Н. Лузиной)

Впервые опубликовано: Per Bergling, Jenny Ederlöf & Veronica L. Taylor (eds.). *Rule of Law Promotion: Global Perspectives, Local Applications*. Uppsala: Iustus Förlag, 2009. P. 213–230.

Впервые на русском: *Проблемы модернизации правовой системы современного российского общества* / Под ред. В.М. Шафирова. Красноярск: Центр информации, 2011. С. 14–26.

Порядок из хаоса? Философия создания и применения европейского права (пер. с англ. В.С. Дорохина)

Впервые опубликовано: *Acta Juridica Hungarica*. 2009. № 50(4). Р. 415–458.

Впервые на русском: *Коммуникативная теория права и современные проблемы юриспруденции: К 60-летию А.В. Полякова* / под ред. М.В. Антонова и И.Л. Честнова. Том 2. СПб.: Издательский Дом «Алеф-Пресс», 2014. С. 54–77.

Право, юридический процесс и судебское сознание (пер. с англ. И.С. Бедриной и Д.Б. Бушмелевой)

Впервые опубликовано: *Acta Juridica Hungarica*. 2008. № 49(4). Р. 469–482.

Впервые на русском: *Российский юридический журнал*. 2011. № 79 (4). С. 14–24.

Ленин и революционное правотворчество

Впервые опубликовано: *В.И. Ленин о социалистическом государстве и праве* / Под ред. В.М. Чхиквадзе и Б.Н. Топорнина. М.: Наука, 1969. С. 271–280.

Понятие и историчность явления кодификации: завершение социалистической кодификации (пер. с англ. С. Лужкова)

Впервые опубликовано: *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae*. 1975. № 17 (1–2). Р. 111–138.

Впервые на русском: Варга Ч. *Право: Теория и философия*. Будапешт: ELTE «Comparative Legal Cultures» Project, 1994. С. 77–88.

Правило и/или норма. Или способность права к концептуализации и логификации (пер. с англ. Е.Г. Самохиной)

Впервые опубликовано: Erich Schweighofer, Doris Liebwald, Silvia Angeneder, Thomas Menzel (eds.). *Effizienz von e- Lösungen in Staat und Gesellschaft Aktuelle Fragen der Rechtsinformatik* (Tagungsband der 8. Internationalen Rechtsinformatik Symposions, IRIS 2005). Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden: Richard Boorberg Verlag, 2005. Р. 58–65.

Theatrum legal mundi: о классификации правовых систем (пер. с англ. Е.Г. Самохиной)

Впервые опубликовано: *Acta Juridica Hungarica*. 2010. № 51(4). Р. 253–272.

Цели и средства в праве (пер. с англ. Е.Г. Самохиной)

Впервые опубликовано: *Jurisprudenciја*. 2005. № 68(60). Р. 5–10.

«Право» или «нечто более или менее правовое»? (антропологическое рассуждение о том, что есть право) (пер. с англ. Е.Г. Самохиной)

Право и язык? Право как язык? Об окончательном единстве онтологии и эпистемологии (пер. с венгр. Ч. Варгу)

Впервые опубликовано в: *Glossa Iuridica*. 2014. № I(II). Р. 85–100.

Попытки прагматического осмысления права. Философские рассуждения о фактах и понятиях (пер. с англ. Е.Г. Самохиной)

Впервые опубликовано: *Journal of Siberian Federal University: Humanities and Social Sciences*. 2013. № 6(10). Р. 1433–1442.

Природа прав человека (пер. с венгр. Ч. Варгу)

Впервые опубликовано: *Társadalomkutatás*. 2013. № 32(2). Р. 1–15.

Поиски формализма в праве. Идеи системности и аксиоматичности между утопизмом и эвристическим суждением (пер. с англ. Е.Г. Самохиной)

Впервые опубликовано: *Acta Juridica Hungarica*. 2009. № 50(1). Р. 1–30.

Природа судебного установления фактов (пер. с англ. Е.Г. Самохиной)

Впервые опубликовано: *Ratio Juris*. 1991. № 4(1). Р. 61–71.

Подводные камни правового позитивизма (взаимно опровергающие и взаимодополняющие теории Кельзена и Шмитта) (пер. с англ. Е.А. Вансяцкой, М.Н. Павловой)

Впервые опубликовано: *Curentul Juridic*. 2010. № XIII(43). Р. 26–41.

Впервые на русском: *Юридический позитивизм и конкуренция теорий права (К 100-летию со дня смерти Г.Ф. Шершеневича) Материалы VI международной научно-практической конференции (Иваново, 5–8 октября 2012 г.)* / Под ред. Е.Л. Поцелуева и др. Часть 1. Иваново: Издательство ИВГУ, 2012. С. 233–254.

Теория применения права Ганса Кельзена (эволюция, проблемы и открытые вопросы) (пер. с англ. Е.Г. Самохиной)

Впервые опубликовано: *Acta Juridica Hungarica*. 1994. № 36(1–2). Р. 3–27.

Наброски по онтологии права (пер. с англ. Е.Г. Самохиной)

Впервые опубликовано: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. 2013. № 99(1). Р. 42–54.

Разновидности права и верховенство права (пер. с англ. Е.Г. Самохиной)

Впервые опубликовано: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. 1996. № 82(1). Р. 61–72.

Перенос права (глобализация, действия масс, критика и разочарование) (пер. с англ. Е.Г. Самохиной)

Впервые опубликовано: Nicolás López Calera (ed.). *Globalization, Law and Economy. Proceedings of the 22nd IVR World Congress*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2007. Р. 85–96.

Bibliographical description of the works included into the monograph

Preface to the Russian Edition (*Transl. from English by Ekaterina Samokhina*)

Looking Back (*Transl. from English by Ekaterina Samokhina*)

The Nature of Law and Legal Thinking (*Transl. from English by Mikhail Antonov*)

First published: Petre Mares, Jean-Pierre Clero (eds.) *La notion de justice aujourd'hui* coord. Târgoviște: Valahia University Press, 2005. P. 112–124.

Law and its Doctrinal Study (On Legal Dogmatics) (*Transl. from English by Aleksii Kresin*)

First published: *Acta Juridica Hungarica*. 2008. № 49(3). P. 253–274.

The Nature of Law: Legal Ontology and Legal Ideology Historically Compared (*Transl. from English by Aleksii Kresin*)

First published: *Acta Juridica Hungarica*. 2010. № 51(2). P. 20–27.

Rule of Law, or the Dilemma of an Ethos: Gardening versus Mechanisation (*Transl. from English by Larisa Gotsko & Nadezhda Luzina*)

First published: Per Bergling, Jenny Ederlöff & Veronica L. Taylor (eds.). *Rule of Law Promotion: Global Perspectives, Local Applications*. Uppsala: Iustus Förlag, 2009. P. 213–230.

Order out of Chaos? Philosophy of the Construction and Operation of European Law (*Transl. from English by Viktor Dorokhin*)

First published: *Acta Juridica Hungarica*. 2009. № 50(4). P. 415–458.

Law, Legal Process and the Judicial Mind (*Transl. from English by Irina Bedrina & Daria Bushmeleva*)

First published: *Acta Juridica Hungarica*. 2008. № 49(4). P. 469–482.

Lenin and Revolutionary Law-making

First published: Viktor Chikvadze & Boris Topornin (eds.). V.I. Lenin About Socialist State and Law. Moscow: Nauka, 1969. P. 271–280.

Conception and Historical Nature of Codification: The Formation of a New, Socialist Type of Codification (*Transl. from English by Sergei Luzhkov*)

First published: *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae*. 1975. № 17(1–2). P. 111–138.

Rule and/or Norm (*Transl. from English by Ekaterina Samokhina*)

First published: Erich Schweighofer, Doris Liebwald, Silvia Angeneder, Thomas Menzel (eds.). *Effizienz von e- Lösungen in Staat und Gesellschaft Aktuelle Fragen der Rechtsinformatik* (Tagungsband der 8. Internationalen Rechtsinformatik Symposions, IRIS 2005). Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden: Richard Boorberg Verlag, 2005. P. 58–65.

Theatrum Legal Mundi: On Taxinomy of Legal Systems (*Transl. from English by Ekaterina Samokhina*)

First published: *Acta Juridica Hungarica*. 2010. № 51(4). P. 253–272.

Goals and Means in Law (*Transl. from English by Ekaterina Samokhina*)

First published: *Jurisprudencija*. 2005. № 68. P. 5–10.

«Law» or «Legal, More or Less»? Anthropological Considerations On What the Law Is (*Transl. from English by Ekaterina Samokhina*)

Law and Language? Law as Language? (*Transl. from Hungarian by Csaba Varga*)

First published: *Glossa Iuridica*. 2014. № I(II). P. 85–100.

Paradigmatic Assumptions of Thinking in Law (*Transl. from English by Ekaterina Samokhina*)

First published: *Journal of Siberian Federal University: Humanities and Social Sciences*. 2013. № 6(10). P. 1433–1442.

Nature of Human Rights (*Transl. from Hungarian by Csaba Varga*)

First published: *Társadalomkutatás*. 2013. № 32(2). P. 1–15.

The Quest for Formalism in Law (*Transl. from English by Ekaterina Samokhina*)

First published: *Acta Juridica Hungarica*. 2009. № 50(1). P. 1–30.

On Judicial Ascertainment of Facts (*Transl. from English by Ekaterina Samokhina*)

First published: *Ratio Juris*. 1991. № 4(1). P. 61–71.

Pitfalls of Legal Positivism: Kelsen and Schmitt Circularly Challenged (*Transl. from English by Elena Vansiatskaia & Marina Pavlova*)

First published: *Curentul Juridic*. 2010. № XIII(43). P. 26–41.

Kelsen's Theory of Law-application (*Transl. from English by Ekaterina Samokhina*)

First published: *Acta Juridica Hungarica*. 1994. № 36(1–2). P. 3–27.

Outlines of an Ontology of Law (*Transl. from English by Ekaterina Samokhina*)

First published: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. 2013. № 99(1). P. 42–54.

Varieties of Law and the Rule of Law (*Transl. from English by Ekaterina Samokhina*)

First published in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. 1996. № 82(1). P. 61–72.

Legal Transfers: Globalization with Mass Actions, Criticism and Disillusionment (*Transl. from English by Ekaterina Samokhina*)

First published: Nicolás López Calera (ed.). *Globalization, Law and Economy. Proceedings of the 22nd IVR World Congress*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2007. P. 85–96.

Библиография работ Чабы Варги

I. КНИГИ

а) автор

1967

A felsőfokú jogi oktatás főbb mai rendszerei [The main systems of legal education today] (Budapest: Magyar Tudományos Akadémia Állam- és Jogtudományi Intézete 1967) 210

1979/2011

Codification as a Socio-historical Phenomenon [first Hungarian edition 1979 / first English edition 1991] 2nd {reprint} ed. with an Annex & Postscript (Budapest: Szent István Társulat 2011) viii + 431

1981/2012

The Place of Law in Lukács' World Concept [1981/1985] 3rd {reprint} ed. with Postface (Budapest: Szent István Társulat 2012) 218

1992/2011

Theory of the Judicial Process The Establishment of Facts [1992/1995] 2nd {reprint} ed. with Postfaces I and II (Budapest: Szent István Társulat 2011) viii + 308

1994

Law and Philosophy Selected Papers in Legal Theory (Budapest: ELTE «Comparative Legal Cultures» Project 1994) xi + 530 [Philosophiae Iuris]

b

Études en philosophie du droit / Estudios en filosofía del derecho (Budapest: ELTE «Comparative Legal Cultures» Project 1994) xii + 332 [Philosophiae Iuris]

c

Rechtsphilosophische Aufsätze (Budapest: ELTE «Comparative Legal Cultures» Project 1994) x + 292 [Philosophiae Iuris]

d

Право Теория и философия (Budapest: ELTE «Comparative Legal Cultures» Project 1994) xiv + 281 [Philosophiae Iuris]

e

Jogi elméletek, jogi kultúrák Kritikák, ismertetések a jogfilozófia és az összehasonlító jog köréből [Legal theories, legal cultures: Surveys & overviews in legal theory & comparative law] (Budapest: ELTE «Összehasonlító jogi kultúrák» projektum 1994) xix + 503

1995

Transition to Rule of Law On the Democratic Transformation in Hungary (Budapest: ELTE «Comparative Legal Cultures» Project 1995) 190 [Philosophiae Iuris]

1996/2012

The Paradigms of Legal Thinking [1996/1999] enlarged 2nd ed. (Budapest: Szent István Társulat 2012) 418 [Philosophiae Iuris]

2001

Útkeresés Kísérletek — kéziratban [Searching for a path: Unpublished essays] (Budapest: Szent István Társulat 2001) 167 [Jogfilozófiák]

2008

Transition? To Rule of Law? Constitutionalism and Transitional Justice Challenged in Central & Eastern Europe [2007] (Pomáz: Kráter 2008) 292

2009

Jogrendszerek, jogi gondolkodásmódok az európai egységesülés perspektívájában (Magyar körkép — európai uniós összefüggésben) [Legal systems, legal mentalities in the perspective of European unification Hungarian overview — in an European Union context] (Budapest: Szent István Társulat 2009) 282

2011

Válaszúton — húsz év múltán Viták jogunk alapjairól és céljairól [At the crossroads again, after twenty years: Debating the foundations and destinations of our law] (Pomáz: Kráter 2011) 256

2012

Comparative Legal Cultures On Traditions Classified, their Rapprochement & Transfer, and the Anarchy of Hyper-rationalism (Budapest: Szent István Társulat 2012) 253 [Philosophiae Iuris]

b

Theory of Law Norm, Logic, System, Doctrine & Technique in Legal Processes, with Appendix on European Law (Budapest: Szent István Társulat 2012) 371 [Philosophiae Iuris]

2013

Contemporary Legal Philosophising Schmitt, Kelsen, Lukács, Hart, & Law and Literature, with Marxism's Dark Legacy in Central Europe (On Teaching Legal Philosophy in Appendix) (Budapest: Szent István Társulat 2013) 342 [Philosophiae Iuris]

b) под редакцией

1966

Új szocialista alkotmányok [New socialist constitutions] co-ed. with Attila Rácz, Ferenc Toldi & Lajos Török (Budapest: MTA KESZ 1966) 311

1977

Modern polgári jogelméleti tanulmányok [Papers from modern western legal theory] (Budapest: Magyar Tudományos Akadémia Állam- és Jogtudományi Intézete 1977) 145

1981

Jog és filozófia Antológia a század első felének polgári jogelméleti irodalma köréből [Law and philosophy: Anthology of western legal theorising from the first half of 20th century] (Budapest: Akadémiai Kiadó 1981) 383

1985

Tradition and Progress in Modern Legal Cultures / Tradition und Fortschritt in der modernen Rechtskulturen Proceedings of the 11th World Congress in Philosophy of Law and Social Philosophy in Helsinki, 1983, hrsg. mit Stig Jørgensen & Yuha Pöyhönen (Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden 1985) 258 [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 23]

1986

Rechtsgeltung Ergebnisse des Ungarisch–österreichischen Symposiums der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie 1985, hrsg. mit Ota Weinberger (Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden 1986) 136 [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 27]

1988

Hans Kelsen *Tiszta jogtan* [Reine Rechtslehre, 1934] transl. István Bibó [1937] (Budapest: Eötvös Loránd Tudományegyetem Bibó István Szakkollégium 1988) XXII + 106 [Jogfilozófiák]

1989

Rechtskultur — Denkkultur Ergebnisse des Ungarisch–österreichischen Symposiums der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie 1987, hrsg. mit Erhard Mock (Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden 1989) 175 [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 35]

1991

Biotechnologie, Ethik und Recht im wissenschaftlichen Zeitalter Proceedings of the World Congress in Philosophy of Law and Social Philosophy in Kobe, 1987, co-ed. with Tom D. Campbell, Robert C.L. Moffat & Setsuko Sato (Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden 1991) 180 [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 39]

b

A világ főbb jogrendszerai Jogcsoporthok [Main legal systems of the world: Groups of law] co-ed. with Gábor Hamza, Pál Horváth, Gábor Bánfalvi, Katalin Szegvári Nagy, Mihály Révész T. (Budapest: Eötvös Loránd Tudományegyetem 1991) 369 [Összehasonlító jogtörténeti tanulmányok]

1992

Comparative Legal Cultures (Aldershot, Hong Kong, Singapore, Sydney: Dartmouth & New York: The New York University Press 1992) xxiv + 614

b

Theoretische Grundlagen der Rechtspolitik Ungarisch–österreichisches Symposium der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie 1990, hrsg. mit Peter Koller & Ota Weinberger (Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden 1992) 185 [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 54]

1993

Marxian Legal Theory (Aldershot, Hong Kong, Singapore, Sydney: Dartmouth & New York: The New York University Press 1993) xxvii + 530 [The International Library of Essays in Law & Legal Theory, Schools 9]

1994

Coming to Terms with the Past under the Rule of Law The German and the Czech Models (Budapest 1994) xxvii + 178 [Windsor Klub]

1995

Aus dem Nachlaß von Julius MOÓR Gyula hagyatékából (Budapest: ELTE «Comparative Legal Cultures» Project 1995) xv + 158 [Philosophiae Iuris]

1996

European Legal Cultures co-ed. with Volkmar Gessner & Armin Hoeland (Aldershot, Brookfield USA, Singapore, Sydney: Dartmouth 1996) xviii + Szövegek a jogi gondolkodás paradigmáinak tanulmányozásához [Reader for the study of the paradigms of legal thinking] (Budapest: Osiris 1996) iii + 139

1998

Kiáltás gyakorlatiasságért a jogállami átmenetben [Cry for practicality in the transition to rule of law] (Budapest: [AKAPrint] 1998) 122 [A Windsor Klub könyvei II]

b

Jog és filozófia Antológia a század első felének kontinentális jogi gondolkodása köréből [Law and philosophy: Anthology from continental legal theorising in the first half of 20th century] (Budapest: Osiris 1998) viii + 238

1999

Felix Somló *Schriften zur Rechtsphilosophie* [1907–1914] (Budapest: Akadémiai Kiadó 1999) xx + 114 [Philosophiae Iuris: Excerpta Historica Philosophiae Hungaricae]

b

[‘Zoltán Péteri at Seventy’] *Acta Juridica Hungarica* 40 (1999) 1–2, 121–246

c

Jogbölcselet XIX–XX. század: Előadások [Lectures on the 19–20th-century philosophy of law] (Budapest: Szent István Társulat 1999) 186 [Bibliotheca Cathedrae Philosophiae Iuris et Rerum Politicarum Universitatis Catholicae de Petro Pázmány nominatae]

2000

Jog és nyelv [Law and language] co-ed. with Miklós Szabó (Budapest: Osiris 2000) vi + 270

2001

Jog és filozófia Antológia a XX. század jogi gondolkodása köréből, 3. bőv. kiad. (Budapest: Szent István Társulat 2001 [újrand. 2003; 2008]) xii + 497

2002

István Losonczy *Abriß eines realistischen rechtsphilosophischen Systems* [1937–1949] (Budapest: Szent István Társulat 2002) 144 [Philosophiae Iuris: Excerpta Historica Philosophiae Hungaricae]

b

On Different Legal Cultures, Pre-Modern and Modern States, and the Transition to the Rule of Law in Western and Eastern Europe co-ed. with Werner Krawietz (Berlin: Duncker & Humblot [2003]) xi + 139–531 [Rechtstheorie 33 (2002) 2–4: II. Sonderheft Ungarn]

-

2003

A szocializmus marxizmusának jogelmélete [Legal theory of socialism’s Marxism] co-ed. with András Jakab *Jogelméleti Szemle* 2003/4

2004

‘Marxizmus és jogelmélet’ [Marxism and law] = *Világosság* XLV (2004) 4, 116

2006

Julius Moór *Schriften zur Rechtsphilosophie* [1922–1943] (Budapest: Szent István Társulat 2006) xxii + 485 [Philosophiae Iuris: Excerpta Historica Philosophiae Hungaricae Iuris / Bibliotheca Iuridica: Opera Classica 3]

b

Barna Horváth *The Bases of Law / A jog alapjai* [1948] (Budapest: Szent István Társulat 2006) liii + 94 [Philosophiae Iuris: Excerpta Historica Philosophiae Hungaricae Iuris / Jogfilozófiák]

c

Die Schule von Szeged Rechtsphilosophische Aufsätze von István Bibó, József Szabó und Tibor Vas [1935–1974] (Budapest: Szent István Társulat 2006) 246 [Philosophiae Iuris: Excerpta Historica Philosophiae Hungaricae]

2009

Auf dem Weg zur Idee der Gerechtigkeit Gedenkschrift für Ilmar Tammelo, hrsg. mit Raimund Jakob, Lothar Philipps & Erich Schweighofer (Münster, Hamburg, Berlin, Wien, London, Zürich: Lit Verlag 2009) 321 [Austria: Forschung und Wissenschaft — Rechtswissenschaft 3]

2011

Aquinói Szent Tamás *A Summa Theologiae kérdései a jogról* [Saint Thomas Aquinas: The Questions of Summa Theologiae relating to law (I-II, qq. 90–108 & II-II, qq. 57–62)] (Budapest: Szent István Társulat 2011) ix + 269

2012

Horváth Sándor *A természetjogról* [Alexander Horváth on natural law] [] (Budapest: Szent István Társulat 2012) vi + 332

II. СТАТЬИ

1966

‘Henry Lévy-Bruhl és a jogszociológia’ [Henri Lévy-Bruhl & the sociology of law] *Állam- és Jogtudomány* IX (1966) 1, 151–158

b

‘Összehasonlító jog és társadalomelmélet’ *Állam- és Jogtudomány* IX (1966) 4, 732–736

1967

‘Quelques problèmes de la définition du droit dans la théorie socialiste du droit’ *Archives de Philosophie du Droit* XII (Paris: Sirey 1967), 189–205

b

‘A jogi gondolat’ *Állam- és Jogtudomány* X (1967) 3, 433–437

c

‘A jogi képzés formái a Szovjetunióban’ [Forms of legal education in the Soviet Union] *Állam- és Jogtudomány* X (1967) 4, 538–552

1968

‘A jogelméleti oktatás helye a jogászképzés főbb rendszereiben’ [The place of legal theory in the main systems of legal education] *Állam- és Jogtudomány* XI (1968) 3, 484–495

b

‘»Bevezetés a japán jogba«’ *Állam- és Jogtudomány* XI (1968) 4, 619–625

c

‘La place relevant à la théorie socialiste de l’État et du droit dans le système des sciences politiques et juridiques: Réunion de travail internationale à l’Académie des Sciences de Hongrie’ *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae* X (1968) 1–2, 181–193

1969

‘Lenin and Revolutionary Law-making’ *International Review of Contemporary Law* [Brussels] 1982/1, 47–59

‘Lénine et la création révolutionnaire du droit’ *Revue internationale de Droit contemporaine* [Bruxelles] 1982/1, 53–65

‘Lenin e a criação revolucionária do direito’ [trad. Jahir Pínheiro] *Novos Rumos* [Instituto Astrojildo Pereira, São Paulo] 49 (2012) 2, 59–67

c

‘A felsőfokú jogi képzés csehszlovákiai rendszeréről’ [On legal education in Czechoslovakia] *Állam- és Jogtudomány* XII (1969) 3, 531–539

d

‘A Tanácsköztársaság jogrendszerének kialakulása’ *Állam- és Jogtudomány* XII (1969) 2, 358–364

e

‘Kodifikáció — joghézag — analógia’ *Állam- és Jogtudomány* XII (1969) 3, 566–572

1970

‘A preambulumok problémája és a jogalkotási gyakorlat’ *Állam- és Jogtudomány* XIII (1970) 2, 249–307

‘The Preamble: A Question of Jurisprudence’ *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae* XIII (1971) 1–2, 101–128

‘Preamble — otázka právní vědy’ *Státní Správa* (Bulletin Ústavu Státní Správy v Praze) 1978/4, 69–93

b

‘Quelques questions méthodologiques de la formation des concepts en sciences juridiques’ *Archives de Philosophie du Droit* XVIII (Paris: Sirey 1973), 205–241

Algunas cuestiones metodológicas de la formación de los conceptos en ciencias jurídicas (Maracaibo: Instituto de Filosofía del Derecho LUZ 1982) 38 [Cuaderno de trabajo 32]

c

‘A «Jogforrás és jogalkotás»problematikájához’ [On some issues raised by »«The Source and Making of the Law»] *Jogtudományi Közlöny* XXIV (1970) 9, 502–509

1971

‘Les bases sociales du raisonnement juridique’ *Logique et Analyse* [Leuven] (1971), Nos. 53–54, 171–176 & in *Le raisonnement juridique* (Actes du Congrès mondial de Philosophie du Droit et de Philosophie sociale) publ. Hubert Hubien (Bruxelles: Établissements Émile Bruylant 1971), 171–176

b

‘On the Socially Determined Nature of Legal Reasoning’ *Logique et Analyse* [Leuven] (1973), Nos. 61–62, 21–78 & in *Études de logique juridique* V, publ. Ch[aïm] Perelman (Bruxelles: Établissements Émile Bruylant 1973), 21–78 [Travaux de Centre National de Recherches de Logique]

-

c

‘A törvényhozó közbenső döntése és a hézagproblematika megoldása a francia jogfejlődés tükrében’ *Jogtudományi Közlöny* XXV (1971) 5, 42–45

d

‘Lengyel tanulmányok a joglogika köréből’ *Állam- és Jogtudomány* XIV (1971) 1, 89–94

e

‘A joglogika vizsgálódási lehetőségei az újabb megközelítések tükrében’ *Állam- és Jogtudomány* XIV (1971) 4, 713–729

f

‘Sur les bases sociales du raisonnement juridique’ [Présentation au Congrès mondial de Philosophie du Droit et de Philosophie sociale à Bruxelles en 1971] 11

1972

‘A jog és a társadalom néhány kérdése — skandináv megvilágításban’ *Állam- és Jogtudomány* XV (1972) 1, 178–187

1973

‘The Function of Law and Codification’ in *Anuario de Filosofia del Derecho* 7 (Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos 1973–1974), 493–501

‘Rozwój prawa a jego kodyfikacja’ in *Prawotwórstwo socjalistyczne* (Warszawa: Polska Akademia Nauk Instytut Państwa i Prawa 1979), 349–360

1974

‘A jog és tudata jogelméleti vizsgálata (Nemzetközi szocialista munkaértekezlet a Magyar Tudományos Akadémián)’ [Theoretical investigation into legal consciousness: an international socialist workshop at the Hungarian Academy of Sciences] *Állam- és Jogtudomány* XVII (1974) 1, 127–131

1975

‘The Formation of a New, Socialist Type of Codification’ *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae* 17 (1975) 1–2, 111–138

e

‘Zásadní otázky vývoje a současnosti kodifikace právních institutů’ in *Rozvoj teorii o státu a právu a současnost* ed. J. Blahož & V. S. Nersesjanc (Praha: Academia 1988), I/IV: 68–84

1976

Modernization of Law and Its Codificational Trends in the Afro–Asiatic Legal Development (Budapest: Institute for World Economics of the Hungarian Academy of Sciences 1976) 45

b

‘The Relative Autonomy of Formal Rational Structures in Law: An Essay in the Marxist Theory of Law’ *Eastern Africa Law Review A Journal of Law and Development* [Nairobi] 8 (1976) 3, 245–260

1977

‘Types of Codification in Codificational Development’ *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae* 19 (1977) 1–2, 31–54

b

‘Legal Positivism and Natural Law«, and Codification: A Reply to the Paper of Professor Stig Jørgensen’ in *Sociology of Law and Legal Sciences* ed. Kálmán Kulcsár (Budapest: Institute of Sociology of the Hungarian Academy of Sciences 1977), 71–72

1978

‘Utopias of Rationality in the Development of the Idea of Codification’ *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* [Roma] LV (1978) 1, 21–38 & in *Law and the Future of Society* ed. F.C. Hutley, Eugene Kamenka & Alice Erh–Soon Tay (Wiesbaden: Franz Steiner Verlag 1979), 27–41 [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 11]
‘Utopi og Kodifikation’ *Retfærd* [Aarhus] 2 (1978), No. 8, 72–8

b

‘La question de la rationalité formelle en droit: Essai d’interprétation de l’Ontologie de l’être social de Lukács’ in *Archives de Philosophie du Droit* 23 (Paris: Sirey 1978), 213–236 =

c

‘Ministerské odůvodnění a jeho úloha ve zprostředkování právních hodnot’ *Státní Správa* (Bulletin Ústavu Státní Správy v Praze) 1978/3, 84–103

‘Die ministerielle Begründung in rechtsphilosophischer Sicht’ *Rechtstheorie* [Berlin] 12 (1981) 1, 95–115

d

‘Geltung des Rechts — Wirksamkeit des Rechts’ in *Die gesellschaftliche Wirksamkeit des sozialistischen Rechts* Probleme ihrer Begriffsbestimmung und Messung, hrsg. Karl A. Mollnau (Berlin: Institut für Theorie des Staates und des Rechts der Akademie der Wissenschaften der DDR 1978), 138–145

e

‘Die Kodifikation und ihr Verfall in der Entwicklungsgeschichte der bürgerlichen Demokratie’ in *Die Krise der bürgerlichen Demokratie und der bürgerlichen Demokratielehren in der Gegenwart* Internationale wissenschaftliche Konferenz des Instituts für Theorie des Staates und des Rechts an der Akademie der Wissenschaften der DDR am 27. und 28.6.1977 in Berlin, 2 (Berlin: Institut für Theorie des Staates und des Rechts der Akademie der Wissenschaften der DDR 1978), 104–111

f

‘A kodifikáció és határai’ [Codification & its limits] *Állam és Igazgatás* XXVIII (1978) 8–9, 702–718

g

‘A jogpolitika tudományos rangja felé’ *Jogi Tudósító* [MTI / MTA Állam- és Jogtudományi Intézete] IX (1978) 19–20, 4–7 & [reprint in] in Mihály Samu *Jogpolitika* (Budapest: Rejtjel 1997), 162–164

1979

‘Law and its Approach as a System’ *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae* 21 (1979) 3–4, 295–319 & [re-print] *Informatica e Diritto* [Firenze] VII (1981) 2–3, 177–199

‘Law and the Historicity of its Formal Relatedness: Historicity in Law and its Objectification and Approach as a System’ in *Estudios de Filosofía del Derecho en Memoria de Legaz y Lacambra* II (Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Centro de Estudios Constitucionales 1985), 809–834

b

‘Rationality and the Objectification of Law’ *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* [Roma] LVI (1979) 4, 676–701

‘Rationalitet och rättens objektifiering: Rationaliteten och dess plats i den sociala och den juridiska utvecklingen’ in *Rationalitet i rättssystemet* Antologia, utg. Ulla Bondeson (Stockholm: LiberFörlag 1979), 84–103 & [Notes] 221–223 [Publica / Rätt och samhälle]

c

‘The Concept of Law in Lukács’ Ontology’ *Rechtstheorie* [Berlin] 10 (1979) 2, 321–337 // ‘Lukács’s Posthumous Ontology as Reviewed from a Legal Point of View’ *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae* 22 (1980) 3–4, 439–447

‘Појам права у Лукачевој онтологији’ *Марксистичка Муцао* [Beograd], 1983/3, 189–209

d

‘Historisches Wesen und aktuelle Bedeutung der Kodifikation’ *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae* 21 (1979) 1–2, 184–190

e

‘A jogmeghatározás kérdése a ‘60-as évek szocialista elméleti irodalmában’ [Definition of law in the Soviet literature of the ‘60s] *Állam- és Jogtudomány* XXII (1979) 3, 475–488

f

‘Tehetetlenség és kölcsönzés mint egyetemes jogfejlesztő tényező’ *Jogi Tudósító* X (1979) 11–12, 4–9

1980

‘Chose juridique et réification en droit: contribution à la théorie marxiste sur la base de l’Ontologie de Lukács’ in *Archives de Philosophie du Droit* 25 (Paris: Sirey 1980), 385–411

‘»Thing« and Reification in Law’ in Csaba Varga *The Place of Law in Lukács’ World Concept* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1985, ²1998, ³2012), Appendix, 160–184

b

‘A finn jogelmélet újjászületése?’ *Állam- és Jogtudomány* XXIII (1980) 1, 127–139

b

‘Jogátültetés, avagy a kölcsönzés mint egyetemes jogfejlesztő tényező’ *Állam- és Jogtudomány* XXIII (1980) 2, 286–298

c

‘Somló Bódog esete a pécsi jogakadémiával’ [Felix Somló’s encounter with the Academy of Law at Pécs] *Jogtudományi Közlöny* XXXV (1980) 8, 543–546

d

‘Átalakulóban a jog?’ *Állam- és Jogtudomány* XXIII (1980) 4, 670–680

1981

‘Towards a Sociological Concept of Law: An Analysis of Lukács’ Ontology’ *International Journal of the Sociology of Law* 9 (1981) 2, 157–176 // ‘The Place of Law in Lukács’ Ontology’ in *Hungarian Studies on György Lukács* II, ed. László Illés, Farkas József, Miklós Szabolcsi & István Szerdahelyi (Budapest: Akadémiai Kiadó 1993), 563–577

‘O espaço do direito na ontologia de Lukács’ [trad. Sérgio Coutinho] *Novos Rumos* [Instituto Astrojildo Pereira, São Paulo] 18 (2003), No. 39, 4–17

b

‘Logic of Law and Judicial Activity: A Gap between Ideals, Reality, and Future Perspectives’ in *Legal Development and Comparative Law* ed. Zoltán Péteri & Vanda Lamm (Budapest: Akadémiai Kiadó 1981), 45–76

c

‘Law-application and its Theoretical Conception’ *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* [Wiesbaden] LXVII (1981) 4, 462–479

‘Die grundlegende Gesellschaftlichkeit der Rechtsanwendung: Rechtsschöpfung und Rechtsanwendung im gesellschaftlichen Komplex’ in *Einflüsse des Wirkens des Rechts und seiner gesellschaftlichen Wirksamkeit auf den sozialistischen Rechtsbildungsprozess* Materialien des IV. Berliner rechtstheoretischen Symposiums, hrsg. Karl A. Mollnau (Berlin: Institut für Theorie des Staates und des Rechts der Akademie der Wissenschaften der DDR 1982), 288–302

d

‘Beiträge zu den Beziehungen zwischen Gustav Radbruch und Georg Lukács’ *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* LXVII (1981) 2, 253–259 & *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae* 24 (1982) 1–2, 222–226

1982

‘Lukács’ History and Class Consciousness and its Dramatized Conception of Law: A Contribution to the Development of Marxist Legal Thinking’ in *Conceptions contemporaines du droit* éd. Paul Trappe (Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden 1982), 531–547 [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Supplementa I/2]

b

‘The Past and Trends of Development of the Theory of Law in Hungary’ *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae* 24 (1982) 3–4, 413–417 // ‘Current Legal Theory in Hungary’ *Current Legal Theory* [Leuven] IV (1986) 1, 15–21

1983

‘Towards the Ontological Foundation of Law (Some Theses on the Basis of Lukács’ Ontology)’ *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* [Roma] LX (1983) 1, 127–142 & in *Filosofía del Derecho y Problemas de Filosofía Social* X, coord. José Luis Curiel B. (México: Universidad Nacional Autónoma de México 1984), 203–216 [Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G, Estudios doctrinales, 81]

b

‘From Legal Customs to Legal Folkways’ *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae* 25 (1983) 3–4, 454–459 & *Tidskrift för Rättssociologi* [Lund] 2 (1985) 1, 39–48

c

‘La comparaison et les congrès internationaux de droit comparé: En marge de la publication du recueil des rapports généraux du Congrès international à Budapest’ *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae* XXX (1988) 3–4, 385–389

1984

‘Is Law A System of Enactments?’ in *Theory of Legal Science* Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science, Lund, Sweden, December 11–14, 1983, ed. Aleksander Peczenik, Lars Lindahl & Bert van Roermund (Dordrecht, Boston, Lancaster: Reidel 1984), 175–182 [Synthese Library 176] & *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae* 26 (1984) 3–4, 413–416 =

b

‘Law as Teleology: Fundamentals of a Theory of Legislation in a Social Ontological Context’ in *Rationalisierung der Gesetzgebung* Jürgen Rüdiger Gedächtnissymposion, hrsg. Heinz Schäffer & Otto Triffterer (Baden-Baden & Wien: Nomos & Manz 1984), 374–390

c

‘Rechts und Rechtsverwirklichung: »Juristischer Weltbild«, Subsumption und Manipulation’ *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* LXX (1984) 2, 173–189

d

‘Rechtssetzung als Objektivationsprozess (Rechtsphilosophische Fragen vom sozialphilosophischem Sicht)’ in *Filosofia del Derecho y Problemas de Filosofia Social* IV (México: Universidad Nacional Autónoma de México 1984), 91–103 [Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G: Estudios doctrinales, Núm. 57]

e

‘Der Systemcharacter des Rechts’ in *Struktur- und Systemgestaltung des sozialistischen Rechts und ihr Einfluss auf dessen Effektivität* Materialien des V. Berliner Rechtstheoretischen Symposiums, hrsg. Karl A. Mollnau (Berlin: Institut für Theorie des Staates und des Rechts der Akademie der Wissenschaften der DDR 1984), 372–383

f

‘Moderne Staatlichkeit und modernes formales Rechts’ *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae* 26 (1984) 1–2, 235–241

1985

‘Reflections on Law and on its Inner Morality’ *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* [Roma] LXII (1985) 3, 439–451 // ‘The Inner Morality of Law’ *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae* 29 (1987) 1–2, 240–245

‘Reflexiones acerca del Derecho y su Moralidad Interna’ [trad. María Angélica Rojas] in *H. L. Hart y el Concepto de Derecho* ed. Agustín Squella in *Revista de Ciencias Sociales* [Valparaiso] 1986, 473–489

‘La moralité intérieure du droit’ in *La méthodologie du droit* II (Budapest: Magyar Tudományos Akadémia Állam- és Jogtudományi Intézete 1988), 1–25 [multipl.]

b

‘Domaine «externe» et domaine «interne» en droit’ in *La méthodologie du droit* réd. Radomir Lukić, I (Beograd: Académie Serbe des Sciences et des Arts 1985), 29–41 [Conférences scientifiques XXVII: Classe des Sciences sociales 5] // [trans. François Ost] *Revue Interdisciplinaire d’Études Juridiques* [Bruxelles] (1985), No. 14, 25–43

c

Heterogenität und Geltung des Rechts Ontologische Überlegungen zu ihrer Begründung (Budapest: Institut für Staats- und Rechtswissenschaften der Ungarischen Akademie der Wissenschaften 1985) 10 + 2 [multipl.]

d

‘Die Gewaltenteilung: Ideologie und Utopie im politischen Denken’ in *Die bürgerliche Gewaltenteilung* Theorie, Gesetzgebung und Praxis, hrsg. Karl-Heinz Röder (Berlin: Institut für Theorie des Staates und des Rechts der Akademie der Wissenschaften der DDR 1985), 143–149

‘La séparation des pouvoirs: idéologie et utopie dans la pensée politique’ *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae* 27 (1985) 1–2, 243–250

‘Разделение властей — идеология и утопия в политической мысли’ [trad. С. Лужков] in Чабя Варга *Право* Теория и философия (Budapest: ELTE «Comparative Legal Cultures» Project 1994), 205–213 [Philosophiae Iuris]

d

‘Filozófia és a jogtudományok Magyarországon’ [Philosophy & legal sciences in Hungary] *Jogtudományi Közlöny* XL (1985) 6, 353–356

1986

‘Macrosociological Theories of Law: From the »Lawyer’s World Concept« to a Social Science Conception of Law’ in *Soziologische Jurisprudenz und realistische Theorien des Rechts* ed. Eugene Kamenka, Robert S. Summers & William Twining (Berlin: Duncker & Humblot 1986), 197–215 [Rechtstheorie, Beiheft 9] // ‘Macrosociological Theories of Law: A Survey and Appraisal’ *Tidskrift för Rättssociologi* [Lund] III (1986) 3–4, 165–198

‘Teorías macrosociológicas del derecho: Panorama y valoración’ [trad. Juan José Gil Cremades] in *Anuario de Filosofía del Derecho* [Nueva Epoca] V (Madrid 1988), 23–53

b

‘Heterogeneity and Validity of Law: Outlines of an Ontological Reconstruction’ in *Rechtsgeltung* hrsg. Csaba Varga & Ota Weinberger (Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden 1986), 88–100 [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 27]

c

‘Über die Rechtsanwendung: Ontologische Überlegungen’ in *Die eigenverantwortlich-schöpferische Komponente in der Rechtsanwendung* und ihr Einfluß auf die gesellschaftliche Wirksamkeit des sozialistischen Rechts: Materialien des VI. Berliner Rechtstheoretischen Symposiums, hrsg. Karl A. Mollnau (Berlin: Institut für Theorie des Staates und des Rechts der Akademie der Wissenschaften der DDR 1986), 376–383 [Konferenz-Materialien, Protokolle, Informationen 1]

d

‘Für die Selbstständigkeit der Rechtspolitik’ in *Die rechtstheoretischen Probleme von der wissenschaftlichen Grundlegung der Rechtspolitik* hrsg. Mihály Samu (Budapest: Igazságügyi Minisztérium Tudományos és Tájékoztatási Főosztály 1986), 283–294 [Igazságügyi Minisztérium Tudományos és Tájékoztatási Főosztály kiadványai 15]

‘The Frameworks of an Autonomous Legal Policy’ *Iustum Aequum Salutare* VII (2011) 3, 105–110 &

e

‘A Philosopher in the Dilemma of Revolution: Ladislav Szalay and the Hungarian Reform Period’ *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae* XXVIII (1986) 1–2, 207–210

f

‘Lukács és az európai jogi kultúra’ [Lukács & the European legal culture] *Állam- és Jogtudomány* XXIX (1986) 1, 120–125

1987

‘Leibniz und die Frage der rechtlichen Systembildung’ in *Materialismus und Idealismus im Rechtsdenken* Geschichte und Gegenwart, hrsg. Karl A. Mollnau (Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden 1987), 114–127 [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 31]

b

‘Documents de Kelsen en Hongrie: Hans Kelsen et Julius Moór’ *Droit et Société* [Paris] (1987), No. 7, 337–352

1988

‘Anthropological Jurisprudence? Leopold Pospíšil and the Comparative Study of Legal Cultures’ in *Law in East and West* On the Occasion of the 30th Anniversary of the Institute of Comparative Law, Waseda University, ed. Institute of Comparative Law, Waseda University (Tokyo: Waseda University Press 1988), 265–285 // ‘»Law«, or »More or Less Legal«?’ *Acta Juridica Hungarica* 34 (1992) 3–4, 139–146 // ‘Ideas of Order, Arrangements of Law: Morals, Customs and Practices in Legal Ordering’ in *Spomenica Valtazara Bogišića o stogodišnjici njegove smrti* 24. apr. 2008. godine, uređivački odbor Luka Breneselović, prof. dr Vladimir Čolović, dr Jovan Ćirić, prof. dr Predrag Dimitrijević i prof. dr Jovica Trkulja [Gedächtnisschrift für Valtazar Bogišić: Zur 100. Wiederkehr seines Todestages, hrsg. Luka Breneselović], knjiga 2 (Beograd: Službeni glasnik & Institut za Uporedno Pravo — Niš: Pravni fakultet Centar za publikacije 2011), 89–118

b

[& József Szájer] ‘Technique juridique’ in *Dictionnaire encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit* dir. André-Jean Arnaud (Paris: Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence & Bruxelles: E. Story–Scientia 1988), 412–414 & 2e éd. corrigée et augmentée (Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 1993), 605–607

[& József Szájer] ‘Legal Technique’ in *Rechtskultur — Denkkultur* Ergebnisse des ungarisch–österreichischen Symposiums der Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie 1987, hrsg. Erhard Mock & Csaba Varga (Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden 1989), 136–147 [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 35]

c

[& József Szájer] ‘Fiction’ + ‘Présomption’ in *Dictionnaire encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit* dir. André-Jean Arnaud (Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence & Bruxelles: E. Story–Scientia 1988), 157–160 + 313–315 & 2e éd. corrigée et augmentée (Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 1993), 259–261 + 470–472

[& József Szájer] ‘Presumption and Fiction: Means of Legal Technique’ *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* LXXIV (1988) 2, 168–184

d

‘Wechselverhältnis von prozessualen und materiellrechtlichen Regelungen im Recht — eine marxistische Revision von Hans Kelsen’ in *Die Wechselwirkung zwischen verfahrens- und materiellrechtlichen Regelungen des Effektivitätskomponente des sozialistischen Rechts* Materialien des VII. Berliner Rechtstheoretischen Symposiums, II, hrsg. Karl A. Mollnau (Berlin 1988), 204–210 [Institut für Theorie des Staates und des Rechts der Akademie der Wissenschaften der DDR, Konferenzmaterialien II] // ‘Hans Kelsens Rechtsanwendungslehre: Entwicklung, Mehrdeutigkeiten, offene Probleme, Perspektiven’ *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* LXXVI (1990) 3, 348–366

‘Kelsen’s Theory of Law-application: Evolution, Ambiguities, Open Questions’ *Acta Juridica Hungarica* 36 (1994) 1–2, 3–27

‘La teoría de la aplicación del derecho de Kelsen (Evolución, ambigüedades, preguntas abiertas)’ [trad. Juan Carlos Upegui] in *Ecos de Kelsen* Vida, obra y controversias, ed. Gonzalo A. Ramírez Cleves (Bogotá: Universidad Externado de Colombia 2012), 391–422 [Serie intermedia de teoría jurídica y filosofía del derecho 10]

e

‘Concepts as Fictions in the Law’ in *La ragione nel diritto / Reason in Law* Proceedings of the Conference held in Bologna, 12–15 December, 1984, II, ed. Carla Faralli & Enrico Pattaro (Milano: Editore Giuffrè 1988), 351–359 [Legal Philosophical Library: Seminario Giuridico della Università di Bologna, Miscellanae 6,2]

f

‘Law as History?’ in *Philosophy of Law in the History of Human Thought* ed. Stavros Panou, Georg Bozonis, Demetrios Georgas & Paul Trappe (Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden 1988), 191–198 [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Supplementa 2]

‘Le droit en tant qu’histoire’ in *La modernisation du droit* ed. Radomir Lukic (Beograd 1990), 13–24 [Académie serbe des Sciences et des Arts: Colloques scientifiques: LII, Classe des Sciences sociales, 11]

g

‘Die Entwicklung des rechtstheoretischen Denkens in der Ungarischen Räterepublik’ in *Der Kampf der politisch-rechtlichen Auffassungen in der Geschichte und Gegenwart* Materialien des multilateralen

Symposiums vom 16. bis 18. September 1986 (Berlin [Hauptstadt der DDR]: Institut für die Theorie des Staates und des Rechts 1988), 122–136 [Konferenz-Materialien 8]

1989

‘Liberty, Equality, and the Conceptual Minimum of Legal Mediation’ in *Enlightenment, Rights and Revolution* Essays in Legal and Social Philosophy, ed. Neil MacCormick & Zenon Bankowski (Aberdeen: Aberdeen University Press 1989), 229–251 // ‘On the Nature of Law in Communism’ *Central European Political Science Review* 12 (Spring 2011), No. 43, 19–48

‘Слобода, једнакост и појмовни минимум правне комуникације’ *Зборник Матице Српске за друштвене науке* [Novi Sad] 1990, No. 88, 59–78

b

‘The Fact and its Approach in Philosophy and in Law’ in *Law and Semiotics* 3, ed. Roberta Kevelson (New York & London: Plenum Press 1989), 357–382

h

‘Rechtskultur — Denkkultur: Einführung zum Thema’ in *Rechtskultur — Denkkultur* hrsg. Erhard Mock & Csaba Varga (Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden 1989), 9–13 [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 35]

i

‘Fight for Rights in a Socio-historical Context: Ontological and Epistemological Foundations, Methodological Remarks, Strategic Alternatives’ [A paper presented at the Law and Society Association annual meeting in Madison, Wisconsin, June 9–12, 1989]

1990

‘The Non-cognitive Character of the Judicial Establishment of Facts’ *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae* 32 (1990) 3–4, 247–261 & in *Praktische Vernunft und Rechtsanwendung / Legal System and Practical Reason* Verhandlungen des 15. Weltkongresses der [IVR] in Göttingen, August 1991, ed. Hans-Joachim Koch & Ulfrid Neumann (Stuttgart: Franz Steiner Verlag Stuttgart 1994), 230–239 [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 53]

b

‘Judicial Reproduction of the Law in an Autopoietical System?’ *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae* XXXII (1990) 1–2, 144–151 & in *Technischer Imperativ und Legitimationskrise des Rechts* ed. Werner Krawietz, Antonio A. Martino & Kenneth I. Winston (Berlin: Duncker & Humblot 1991), 305–313 [Rechtstheorie, Beiheft 11]

c

‘Law as a Social Issue’ in *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych* Profesorowi Zygmuntowi Ziembinskiemu, ed. Sławomira Wronkowska & Maciej Zieliński (Poznań: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu 1990), 239–255 [Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu: Seria Prawo, 129]

1991

‘On Judicial Ascertainment of Facts’ *Ratio Juris* [Bologna/Oxford] 4 (1991) 1, 61–71

‘La nature de l’établissement judiciaire des faits’ *Archives de Philosophie du Droit* 40 (Paris: Sirey 1996), 396–409

b

‘Institutions As Systems: An Essay on the Closed Nature, Open Vistas of Development, as well as the Transparency of the Institutions and their Conceptual Representations’ *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae* 33 (1991) 3–4, 167–178

c

‘The Mental Transformation of Facts into a Case’ *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* LXXVII (1991) 1, 59–68

1992

‘Do we have the Right to Judge the Past? Philosophy of Law Considerations for a Period of Transition’ *Rechtstheorie* [Berlin] 23 (1992) 3, 396–404

b

‘Descriptivity, Normativity, and Ascriptivity: A Contribution to the Subsumption/Subordination Debate’ in *Theoretische Grundlagen der Rechtspolitik* Ungarisch–österreichisches Symposium der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie 1990,

hrsg. Peter Koller, Csaba Varga & Ota Weinberger (Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden 1992), 162–172 [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 54]

c

‘The Law and its Limits’ *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae* 34 (1992) 1–2, 49–56 & [re-print] *Indian Socio-Legal Journal* An International Journal of Legal Philosophy, Law and Society [Jaipur: Indian Institute of Comparative Law] 25 (1999) 1–2, 129–134

d

‘European Integration and the Uniqueness of National Legal Cultures’ in *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education / Le droit commun de l’Europe et l’avenir de l’enseignement juridique* ed. Bruno De Witte & Caroline Forder (Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers 1992), 721–733 [METRO]

e

‘Nedelitel’né právo a právna štátnosť’ *Právny obzor* [Bratislava] 75 (1992) 1, 92–95

1993

‘The Judicial Establishment of Facts and its Procedurality’ in *Sprache, Performanz und Ontologie des Rechts* Festgabe für Kazimierz Opalek zum 75. Geburtstag, ed. Werner Krawietz & Jerzy Wróblewski (Berlin: Duncker & Humblot 1993), 245–258

b

‘The Legacy of Marxism in Law’ *Central European Political Science Review* 44 (Summer 2011), No. 44, 78–96

c

‘Transformation to Rule of Law from No-law: Societal Contexture of the Democratic Transition in Central and Eastern Europe’ *The Connecticut Journal of International Law* [Hartford] 8 (Spring 1993) 2, 487–505

‘The Building up of a Rule of Law Structure on the Ruins of a Regime Based upon the Denial of Law in Central Europe’ in *Law at the Turn of the Twentieth Century* International Conference Thessaloniki 1993, ed. L.E. Kotsiris (Thessaloniki: Sakkoulas 1994), 219–239 // ‘The Transformation of Legal Culture in the Central European Transition’ in *Rättsliga kulturer*

och normativa strukturer Nordiskt Rättssociologiskt Forum, 25–27 augusti 1995 (Lund 1995), 1–18 {mimeo} // ‘Constitutionalism, the Rule of Law, and the Challenge of Transition’ in *Constitutionalism & Politics* International Symposium, November 11–14, 1993, ed. Irena Grudzinska Gross (Bratislava: Slovak Committee of the European Cultural Foundation 1994), 151–154 [IV Bratislava Symposium 1993] // ‘Complexity of the Challenge Facing Central and Eastern Europe’ in *European Legal Cultures* ed. Volkmar Gessner, Armin Hoeland & Csaba Varga (Aldershot, Brookfield USA, Singapore, Sidney: Dartmouth 1996), [introduction to Part V: Transition to the Rule of Law] 415–429 [Tempus Textbook Series on European Law and European Legal Cultures, 1]

d

‘The Dilemma of Enforcing the Law’ in *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit* Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag, hrsg. Aulis Aarnio, Stanley L. Paulson, Ota Weinberger, Georg Henrik von Wright & Dieter Wyduckel (Berlin: Duncker & Humblot 1993), 427–435 // ‘Coming to Terms with the Past and its Statutory Limitations’ in *European Legal Cultures* ed. Volkmar Gessner, Armin Hoeland & Csaba Varga (Aldershot, Brookfield USA, Singapore, Sydney: Dartmouth 1996), 442–444 [Tempus Textbook Series on European Law and European Legal Cultures, 1]

1994

‘The Judicial Process: A Contribution to its Philosophical Understanding’ *Acta Juridica Hungarica* 36 (1994) 3–4, 145–164 & in *Sources of Law and Legislation* Proceedings of the 17th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Bologna, June 16–21, 1995, III, ed. Elspeth Attwooll & Paolo Comanducci (Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden 1998), 206–219 [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 69]

b

‘The Context of the Judicial Application of Norms’ in *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems* Festschrift for Robert S. Summers, ed. Werner Krawietz, Neil MacCormick & Georg Henrik von Wright (Berlin: Duncker & Humblot 1994), 495–512

c

‘Autonomy and Instrumentality of Law in a Superstructural Perspective’ *Acta Juridica Hungarica* 40 (1999) 3–4, 213–235

d

‘Kelsen’s »Pure Theory of Law« — Yesterday, Today and Tomorrow’ in Csaba Varga *Law and Philosophy* Selected Papers in Legal Theory (Budapest: ELTE Project on «Comparative Legal Cultures» 1994), 289–293 [*Philosophiae Iuris*]

‘Hans Kelsens’ Reine Rechtslehre — gestern, heute, morgen’ in *Rechtsphilosophische Aufsätze* (Budapest: ELTE «Comparative Legal Cultures» Project 1994), 226–231

e

‘Local Legal Tradition in Question’ in *The Legacy of the Past* As a Factor of the Transformation Process in Postcommunist Countries of Central Europe (The Territory of Poland, Czech Republic, Slovak Republic, Hungary, former GDR) December 7–9, 1993, in Prague, ed. Vladimira Dvoráková & Emil Voráček (Prague: University of Economics Department of Political Science 1994), 315–325

1995

‘Changing of Paradigms in the Understanding of Judicial Process’ *Rechtstheorie* 26 (1995) 3 [Sonderheft Ungarn: *Verfassungsstaat, Stabilität und Variabilität des Rechts im modernen Rechtssystem* Internationales Symposium der Budapester Juristischen Fakultät, hrsg. Werner Krawietz, Mihály Samu & Péter Szilágyi (Berlin: Duncker & Humblot)], 415–424

b

‘No Logical Consequence in the Normative Sphere?’ in *Law, Justice and the State* Proceedings of the 16th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Reykjavík, 26 May — 2 June, 1993, III: *Problems in Law* ed. Arend Soeteman & Mikael M. Karlsson (Stuttgart: Steiner 1995), 31–37 [*Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 60]

‘Law, Language and Logic: Expectations and Actual Limitations of Logic in Legal Reasoning’ in *Verso un sistema esperto giuridico integrale* Esempi scelti dal diritto dell’ambiente e della salute: Atti del Convegno celebrativo del venticinquennale dell’Istituto : Firenze, 1–3 dicembre 1993, ed. C. Ciampi, F. Socci Natali & G. Taddei Elmi, I (Padova: Cedam 1995), 665–679

1996

‘Varieties of Law and the Rule of Law’ *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 82 (1996) 1, 61–72 // ‘Fight for Law; or What Does Rule of Law versus Rechtsstaatlichkeit Mean?’ *Central European Political Science Review* 15 (Summer 2014), No. 56, 16–45 // ‘The Basic Settings of Modern Formal Law’ in *European Legal Cultures* ed. Volkmar Gessner, Armin Hoeland & Csaba Varga (Aldershot, Brookfield USA, Singapore, Sydney: Dartmouth 1996), [introduction to Part II: The European Legal Mind] 89–103 [Tempus Textbook Series on European Law and European Legal Cultures, 1]

b

‘On the European Identity in Law’ in *European Legal Cultures* ed. Volkmar Gessner, Armin Hoeland & Csaba Varga (Aldershot, Brookfield USA, Singapore, Sydney: Dartmouth 1996), [introduction to Part I: Common Traditions] 3–5 [Tempus Textbook Series on European Law and European Legal Cultures, 1]

c

‘Michael Bogdan: Comparative Law’ *Állam- és Jogtudomány* XXXVIII (1996–1997) 3–4, 365–368

1997

[Comment to The Notion of Legal Culture] in *Changing Legal Cultures* ed. Johannes Feest & Erhard Blankenburg (Oñati: International Institute for the Sociology of Law 1997), 207–217 [Oñati Pre-publications–2] & [reprint as] ‘Comparative Legal Cultures: Attempts at Conceptualization’ *Acta Juridica Hungarica* 38 (1997) 1–2, 53–63

b

‘Patterns of Thought, Patterns of Law’ *Acta Juridica Hungarica* 38 (1997) 3–4, 93–105

1998

‘Norms through Parables in the New Testament: An Alternative Framework for Time and Law’ in *Temps et droit* Le droit a-t-il pour vocation de durer? / *Time and Law* Is it the Nature of Law to Last? ed. François Ost & Mark Van Hoecke (Bruxelles: Bruylant 1998), 213–224 [Bibliothèque de l’Académie Européenne de Théorie du Droit]

b

‘Measuring through Patterning in Law: Development of an Idea in Europe’ *Acta Juridica Hungarica* 39 (1998) 1–2, 107–130

1999

‘Paradigms of Legal Thinking’ *Acta Juridica Hungarica* 40 (1999) 1–2, 19–41

b

‘Central and Eastern European Philosophy of Law’ in *The Philosophy of Law An Encyclopedia*, ed. Christopher Berry Gray (New York & London: Garland Publishing 1999), 98–100 [Garland Reference Library of the Humanities, 1743] // ‘Philosophy of Law in Central and Eastern Europe: A Sketch of History’ *Acta Juridica Hungarica* 41 (2000) 1–2, 17–25

c

‘Codification’ in *The Philosophy of Law An Encyclopedia*, ed. Christopher Berry Gray (New York & London: Garland Publishing 1999), 120–122 [Garland Reference Library of the Humanities, 1743]

d

‘Ex Post Facto Legislation’ in *The Philosophy of Law An Encyclopedia*, ed. Christopher Berry Gray (New York & London: Garland Publishing 1999), 274–276 [Garland Reference Library of the Humanities, 1743]

e

‘History (Historicity) of Law’ in *The Philosophy of Law An Encyclopedia*, ed. Christopher Berry Gray (New York & London: Garland Publishing 1999), 371–373 [Garland Reference Library of the Humanities, 1743] // ‘Law and History: On the Historical Approach to Law’ / ‘Jog és történelem: A jog historikus vizsgálatáról’ in *Historical Jurisprudence / Történeti jogtudomány* ed. József Szabadfalvi (Budapest: [Books in Print] 2000), 281–285 [Philosophiae Iuris / Jogfilozófiák]

f

‘Legal Ontology (Metaphysics)’ in *The Philosophy of Law An Encyclopedia*, ed. Christopher Berry Gray (New York & London: Garland Publishing 1999), 617–619 [Garland Reference Library of the Humanities, 1743]

g

'Validity' in *The Philosophy of Law An Encyclopedia*, ed. Christopher Berry Gray (New York & London: Garland Publishing 1999), 883–885 [Garland Reference Library of the Humanities, 1743]

'Validity' *Acta Juridica Hungarica* 41 (2000) 3–4, 155–166

2001

'Legal Scholarship at the Threshold of a New Millennium (For Transition to Rule of Law in the Central and Eastern European Region)' *Acta Juridica Hungarica* 42 (2001) 3–4, 181–201

2002

'Structures in Legal Systems: Artificiality, Relativity, and Interdependency of Structuring Elements in a Practical (Hermeneutical) Context' *Acta Juridica Hungarica* 43 (2002) 3–4, 219–232

2003

'Buts et moyens en droit' in *Giovanni Paolo II Le vie della giustizia: Itinerari per il terzo millennio* (Omaggio dei giuristi a Sua Santità nel XXV anno di pontificato) a cura di Aldo Loiodice & Massimo Vari (Roma: Bardi Editore & Libreria Editrice Vaticana 2003), 71–75 // 'Responsabilité et moralité, ou les buts et les moyens en droit' in *Conférence internationale La responsabilité de la personne morale dans le contexte de l'activité de codification en droit* (26–28 novembre 2009 Sovata) coord. Ioan Sabău-Pop (București: Universul Juridic 2009), 58–63

'Goals and Means in Law: or Janus-faced Abstract Rights [Tikslai ir priemonės teisėje]' in *Jurisprudencija* [Vilnius: Mykolas Romeris Universitas] (2005) 68(60): Terorizmas ir žmogaus teisės, 5–10

b

'What is to Come after Legal Positivism is Over? Debates Revolving around the Topic of »The Judicial Establishment of Facts«' in *Theorie des Rechts und der Gesellschaft Festschrift für Werner Krawietz zum 70. Geburtstag*, hrsg. Manuel Atienza, Enrico Pattaro, Martin Schulte, Boris Topornin & Dieter Wyduckel (Berlin: Duncker & Humblot 2003), 657–676

c

'Meeting Points between the Traditions of English–American Common Law and Continental–French Civil Law (Developments and Experience of

Postmodernity in Canada)' *Acta Juridica Hungarica* 44 (2003) 1–2, 21–44
'Patter[n]ing the Self-globalising World: The Ideal of the Law of the Future as Forged and Tested in Canada' *Central European Political Science Review* 16 (Spring 2015), No. 59, 36–79

2004

'La Codification à l'aube du troisième millénaire' in *Mélanges Paul Amselek* org. Gérard Cohen-Jonathan, Yves Gaudemet, Robert Hertzog, Patrick Wachsmann & Jean Waline (Bruxelles: Bruylant 2004), 779–800 // 'Codification et recodification: Idées, tendances, modèles et résultats contemporains' *Studia Universitatis Babeş-Bolyai Iurisprudentia*, LIII (juillet–décembre 2008) 2 [*La recodification et les tendances actuelles du droit privé* Bălți, 9–12 octobre 2008], 11–29

'Codification at the Threshold of the Third Millennium' *Acta Juridica Hungarica* 47 (2006) 2, 89–117

b

'Legal Logic and the Internal Contradiction of Law' in *Informationstechnik in der juristischen Realität* Aktuelle Fragen zur Rechtsinformatik 2004, hrsg. Erich Schweighofer, Doris Liebwald, Günther Kreuzbauer & Thomas Menzel (Wien: Verlag Österreich 2004), 49–56 [Schriftenreihe Rechtsinformatik 9]

c

'The Teaching of Legal Philosophy in Hungary' *IVR Newsletter* (February–July 2004), No. 33 <<http://www.ivr2003.net/bologna/newsletters/33.pdf>>, 23–24

2005

'The Hart-phenomenon' *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 91 (2005) 1, 83–95

b

'Change of Paradigms in Legal Reconstruction (Carl Schmitt and the Temptation to Finally Reach a Synthesis)' in *Perspectives on Jurisprudence* Essays in Honor of Jes Bjarup, ed. Peter Wahlgren (Stockholm: Stockholm Institute for Scandinavian Law 2005) [= *Scandinavian Studies in Law* 48], 517–529

c

‘The Nature of Law and Legal Thinking’ in *La notion de justice aujourd’hui* [Séminaire international] coord. Petre Mares & Jean-Pierre Clero (Târgoviște: Valahia University Press 2005), 112–124

d

‘Rule and/or Norm, or the Conceptualisability and Logifiability of Law’ in *Effizienz von e-Lösungen in Staat und Gesellschaft Aktuelle Fragen der Rechtsinformatik* (Tagungsband der 8. Internationalen Rechtsinformatik Symposions, IRIS 2005) hrsg. Erich Schweighofer, Doris Liebwald, Silvia Angeneder & Thomas Menzel (Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden: Richard Boorberg Verlag 2005), 58–65 // ‘Differing Mentalities of Civil Law and Common Law? The Issue of Logic in Law’ *Acta Juridica Hungarica* 48 (2007) 4, 401–410

e

‘Rule of Law between the Scylla of Imported Patterns and the Charybdis of Actual Realisations (The Experience of Lithuania)’ *Acta Juridica Hungarica* 46 (2005) 1–2, 1–11

f

‘Rule of Law — At the Crossroads of Challenges’ *Iustum, Aequum, Salutare* I (2005) 1–2, 73–88

‘Rule of Law: Challenges with Crossroads Offered’ *Central European Political Science Review* 10 (2009) Spring, No. 35, 42–68

g

‘Law, Ethics, Economy: Independent Paths or Shared Ways?’ in *Law and Liberty Ethics and Politics for the XXIth Century: Lectures, Communications and Abstracts* [Universitat Internacional de Catalunya Faculty of Humanities, September 20–25, 2005], 1–8 {mimeo}

h

‘Philosophising on Law in the Turmoil of Communist Take-over in Hungary (Two Portraits, Interwar and Post-war)’ in *The 2005 ALPSA Annual Publication* of the Australian Legal Philosophy Students Association, ed. Max Leszkiewicz (Brisbane 2005), 82–94 // ‘Legal Philosophising in mid-XXth Century Hungary (Julius Moór and István Losonczy)’ *Jura* 19 (2013) 1, 108–115

2006

‘Theory and Practice in Law: On the Magical Role of Legal Technique’ *Acta Juridica Hungarica* 47 (2006) 4, 351–372

‘Hukukta Kuram ve Uygulama: Hukuk Tekniğinin Sihirli İşlevi?’ [çeviren Hüseyin Öntaş] in *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkiivi* 15, hazırlayan Hayrettin Ökçesiz (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları 2006), 5–17

b

‘Legal Renovation through Constitutional Judiciary?’ in *Hungary’s Legal Assistance Experiences in the Age of Globalization* ed. Mamoru Sadakata (Nagoya: Nagoya University Graduate School of Law Center for Asian Legal Exchange 2006), 287–312 // ‘Transition Marshalled by Constitutional Court Dicta under the Cover of a Formal Rule of Law (A Case-study of Hungary)’ *Central European Political Science Review* 9 (Summer 2008), No. 32, 9–48

c

‘Transition to Rule of Law: A Philosophical Assessment of Challenges and Realisations in a Historico-comparative Perspective’ in *Hungary’s Legal Assistance Experiences in the Age of Globalization* ed. Mamoru Sadakata (Nagoya: Nagoya University Graduate School of Law Center for Asian Legal Exchange 2006), 185–214

2007

‘Comparative Legal Cultures? Renewal by Transforming into a Genuine Discipline’ *Acta Juridica Hungarica* 48 (2007) 2, 95–113

‘Comparative Legal Cultures?’ & ‘Karşılaştırmalı hukuk kültürleri’ in [Ankara Barosu] *Hukuk kurultayı 2006* (03–07 Ocak 2006, Ankara) [Cilt:]2 (Ankara 2007), 25–46 & 47–68 + [discussion] 69–72

b

‘Legal Traditions? In Search for Families and Cultures of Law’ in *Legal Theory / Teoría del derecho Legal Positivism and Conceptual Analysis / Postivismo jurídico y análisis conceptual: Proceedings of the 22nd IVR World Congress Granada 2005, I*, ed. José Juan Moreso (Stuttgart: Steiner 2007), 181–193 [ARSP Beiheft 106] & *Acta Juridica Hungarica* 46 (2005) 3–4, 177–197

c

‘Reception of Legal Patterns in a Globalising Age’ in *Globalization, Law and Economy / Globalización, Derecho y Economía* Proceedings of the

22nd IVR World Congress, IV, ed. Nicolás López Calera (Stuttgart: Franz Steiner Verlag 2007), 85–96 [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie; Beiheft 109] // ‘Transfers of Law: A Conceptual Analysis’ in *Hungary’s Legal Assistance Experiences in the Age of Globalization* ed. Mamoru Sadakata (Nagoya: Nagoya University Graduate School of Law Center for Asian Legal Exchange 2006), 21–41 // ‘Transfer of Institutional Patterns: World Bank, Ethno-centrism, and New Challenges: A Case-study in Law’ *Central European Political Science Review* 13 (2012), No. 48, 25–60
‘Sur les Transferts juridiques: Une analyse conceptuelle’ [trad. de l’anglais Laélien Buridan] in *Ratio legis — ratio juris / Liber amicorum* Studia A. Tamás septuagenario dedicata, ed. András Gerencsér & Péter Takács (Budapest: Szent István Társulat 2011), 528–550 [Pro Publico Bono / Xenia / Bibliotheca Iuridica: Libri Amicorum 39]

d

‘Development of Theoretical Legal Thought in Hungary at the Turn of the Millennium’ in *The Transformation of the Hungarian Legal Order 1985–2005* Transition to the Rule of Law and Accession to the European Union, ed. Péter Takács, András Jakab & Allan F. Tatham (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2007), 632–654

e

‘Failed Crusade: American Self-confidence, Russian Catastrophe’ *Central European Political Science Review* 8 (Summer 2007), Nr. 28, 71–87

f

‘«Radical Evil» on Trial (On the Historical Setting, Political Aspects and Legal Conditions of Transitional Justice Facing the Crimes of Dictatorial Regimes)’ *Central European Political Science Review* 8 (Fall 2007), No. 29, 146–161

g

‘In Bondage of Paradoxes, Or Deadlock at the Peak of the Law we have Created for Ourselves (A Case Study on the State of Rule of Law and Constitutionality in Hungary)’ *Central European Political Science Review* 8 (Winter 2007), No. 30, 51–62

h

‘Vilmos Peschka (1929–2006)’ *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 93 (2007) 2, 253–255

2008

‘Judicial Black-box and the Rule of Law in the Context of European Unification and Globalisation’ *Acta Juridica Hungarica* 49 (2008) 4, 469–482

b

‘Doctrine and Technique in Law’ in <www.univie.ac.at/RI/IRIS2004/ArbeitspapierIn/ Publikationsfreigabe/Csaba_Phil/Csaba_Phil.doc> & *Iustum Aequum Salutare* IV (2008) 1, 23–37

c

‘Law and its Doctrinal Study (On Legal Dogmatics)’ *Acta Juridica Hungarica* 49 (2008) 3, 253–274

d

‘At the Crossroads of Civil Obedience and Disobedience (A Case Study of a Moment of Constitutional Impotence in Hungary)’ *Central European Political Science Review* 9 (2008), No. 31, 68–77

e

‘Post-modernity in Politico-legal Transitions: Tempted for Radical Changes with Tradition Left Behind’ *Central European Political Science Review* 9 (Fall 2008), No. 33, 87–103

2009

‘Rule of Law, or the Dilemma of an Ethos: Gardening versus Mechanisation’ in *Rule of Law Promotion Global Perspectives, Local Applications*, ed. Per Bergling, Jenny Ederlöv & Veronica L. Taylor (Uppsala: Iustus Förlag 2009), 213–230 [Skrifter från juridiska institutionen vid Umeå universitet Nr 21] & ‘Rule of Law, or the Dilemma of an Ethos: To be Gardened or Mechanicised?’ *Central European Political Science Review* 8 (Spring 2007), Nr. 27, 46–69 // ‘Rule of Law through Legal Transfer: Historical Patterns and Contemporary Dilemmas’ in *East European & Russian Yearbook of International and Comparative Law* 4–5 (2010–2011) ed. William E. Butler [Pennsylvania State University, Dickinson School of Law, The Vinogradoff Institute] (Idyllwild, California: Charles Schlacks Publisher 2011), 45–61

b

‘Legal Theorising — An Unrecognised Need for Practicing the European Law’ *Acta Juridica Hungarica* 50 (2009) 4, 415–458

‘The Philosophy of the Construction and Operation of European Law’ *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto* [Roma] LXXXVIII (2011) 3, 313–344 // ‘The Philosophy of European Law with «Order Out of Chaos» Set-Up and Functioning’ in *25th IVR World Congress Law, Science and Technology*, Series B / No. 009/2012

c

‘The Quest for Formalism in Law: Ideals of Systemicity and Axiomatisability between Utopianism and Heuristic Assertion’ *Acta Juridica Hungarica* 50 (2009) 1, 1–30

d

‘Legal Philosophy, Legal Theory — and the Future of Theoretical Legal Thought’ *Acta Juridica Hungarica* 50 (2009) 3, 237–252

e

‘An Investigation into the Nature of the Judicial Process’ in *Auf dem Weg zur Idee der Gerechtigkeit* Gedenkschrift für Ilmar Tammelo, hrsg. Raimund Jakob, Lothar Philipps, Erich Schweighofer & Csaba Varga (Münster, etc.: LIT Verlag 2009), 177–184 [Austria: Forschung und Wissenschaft — Rechtswissenschaft 3]

f

‘Julius Moór und das »Überleben« von Tammelo’s Manuskript — Eine zeitgeschichtliche Anmerkung’ in *Auf dem Weg zur Idee der Gerechtigkeit* Gedenkschrift für Ilmar Tammelo, hrsg. mit Raimund Jakob, Lothar Phillips, Erich Schweighofer (Münster, etc.: Lit Verlag 2009), 303–306 [Austria: Forschung und Wissenschaft — Rechtswissenschaft 3]

‘A Note on the Survival of Ilmar Tammelo’s Letter and Manuscript’ [ms] [2008] 4 in <<https://ppke.academia.edu/CVARGA/Papers>>

2010

‘Law, Understanding of Law, Application of Law’ *Acta Juridica Hungarica* 51 (2010) 2, 20–32

b

‘Taxonomy of Law and Legal Mapping: Patterns and Limits of the Classification of Legal Systems’ *Acta Juridica Hungarica* 51 (2010) 4, 253–272

c

‘Theory of Law — Legal Ethnography, Or the Theoretical Fruits of Inquiries into Folkways’ *Sociologia del Diritto* [Milano], XXXVII (2010) 1, 82–101

d

‘The Philosophy of Teaching Legal Philosophy in Hungary’ in *Alternative Methods in the Education of Philosophy of Law and the Importance of Legal Philosophy in the Legal Education* Proceedings of the 23rd World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy «Law and Legal Cultures in the 21st Century: Diversity and Unity» in Kraków, 2007, ed. Imer B. Flores & Gülriz Uygur (Stuttgart: Franz Steiner Verlag 2010), 49–60 [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 122]

‘Macaristan’da Hukuk Felsefesi Öğretiminin Felsefesi’ [çeviren Casım Akbaş] in *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkiivi* 18, hazırlayan Hayrettin Ökçesiz / Gülriz Uygur (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları 2008), 11–27

e

‘Coming to Terms with the Past under the Rule of Law: Principles and Constitutional Assessments (A Case-study of Hungary)’ in *Gerechtigkeit — Theorie und Praxis / Justice — Theory and Practice*, hrsg. Shing-I Liu & Ulfried Neumann (Baden-Baden: Nomos 2011), 215–235 &

f

‘Rule of Law? Mania of Law? On the Boundary between Rationality and Anarchy in America’ in *Prudentia Iuris Gentium Potestate* Ünnepi tanulmányok Lamm Vanda tiszteletére, ed. Tamás Nótári & Gábor Török (Budapest: MTA Jogtudományi Intézete 2010), 492–504 // ‘Legal Mentality as a Component of Law: Rationality Driven into Anarchy in America’ *Curentul Juridic* [Tirgu Mures] XVI (2013) 1, No. 52, 63–77

g

‘Communism and Post-communist Memory in Hungary (Political Deportation of Families to Forced Work Camps at Hortobágy)’ *Central European Political Science Review* 11 (Spring 2010), No. 39, 85–100

h

‘The Revolution of 1956 in the Judgment of Ethics and Law, Or the Responding Ability of Law as a Post-totalitarian Dilemma’ *Central European Political Science Review* 11 (Summer 2010), No. 40, 42–61

i

[with Máté Paksy] 'Ideas of Natural Law in Hungary, Past and Present' *Jura [Pécs]* 16 (2010) 2, 155–164

j

'Találkozások és emlékek' [Encounters with & memories on Professor Herbert Hart]¹ *Világosság* LI (2010. tavasz), 7–13

j

'Látásmódok a Schmitt-problematikában' [Approaches to Schmitt] *Világosság* LI (2010 ősz), 13–17

2011

'Literature? In Substitution for Legal Philosophy? (Variations to and Uses of »Law and Literature«)' *Acta Juridica Hungarica* 52 (2011) 3, 207–219

b

'Cultivating Scholarship under Communism (A Case Study on Marxism and Law)' *Central European Political Science Review* 13 (Fall 2011), No. 47, 50–67 // 'Remembering a Jurisprudent's Life under Communism' *Pázmány Law Review* I (2013), 197–209

c

'Kulcsár Kálmán jogszociológiai úttörése' [Kálmán Kulcsár's path-breaking] *Jogelméleti Szemle* (2011) 3 in <<http://jesz.ajk.elte.hu/var-ga47.html>>

2012

'Philosophising on Law under the Umbrella of Marxism in Hungary' *Acta Juridica Hungarica* 53 (2012) 4, 265–286

b

'Az utókor szakmai ínsége (Horváth Sándor és a hazai természetjogi örökség)' [The professional poverty of our epoch: Alexander Horváth and the Hungarian legacy of natural law] in Horváth Sándor *A természetjogról* ed. Csaba Varga (Budapest: Szent István Társulat 2012), 321–326

¹ {with photos & letters in fac simile}

c

‘Reminiscences to a Fervent Mediator of Magisterial Humanistic Ideas: Professor Luis [Eduardo] Villar Borda (1929–2008)’ *Jogelméleti Szemle* 2012/1, 1–3

‘Recuerdos para un ferviente mediador de magisterias ideas humanistas: Profesor Luis Eduardo Villar Borda (1929–2008)’ in *Ecos de Kelsen* Vida, obra y controversias, ed. Gonzalo A. Ramírez Cleves (Bogotá: Universidad Externado de Colombia 2012), 26–32 [Serie intermedia de teoría jurídica y filosofía del derecho 10]

2013

‘The Contemporaneity of Lukács’ Ideas with Modern Social Theoretical Thought: *The Ontology of Social Being* in Social Science Reconstruction with Regards to Constructs like Law’ *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 99 (2013) 1, 42–54

‘A atualidade da obra de Lukács para a moderna teoria social: *Para uma ontologia do ser social* na reconstrução das ciências sociais’ [= Introdução] in *György Lukács e a emancipação humana* organizador Marcos Del Roio (São Paulo: Boitempo & Marília: Oficina Universitária da Unesp 2013) 272

b

‘Philosophy of Law in the Soviet Union and the People’s Democracies’ *Acta Juridica Hungarica* 54 (2013) 3, 255–271

d

‘The Meaning of »Law« in Comparing Laws or the Complexity of What the Object of Legal Comparison Is’ [ms] 21 <https://www.researchgate.net/publication/269601831_The_Meaning_of_%27Law%27_in_Comparing_Laws_or_the_Complexity_of_What_the_Object_of_Legal_Comparison_Is>

e

‘Az emberi jogok problematikája’ [The problematics of human rights] *Társadalomkutatás* 32 (2013) 2, 1–15 // in *A magyar tudomány napja a Délvidéken* 2013, ed. József Szalma (Újvidék: Vajdasági Magyar Tudományos Társaság 2014), 63–82

f

‘Elméleti jogtudomány a világválság ölelésében’ [Theoretical cultivation of law under a world crisis epoch] *Valóság* LVI (2013) 11, 1–12

i

‘Tudományos-technikai forradalom és globalizmus — lehetséges változások a jog szerepkörében’ [Scientific-technical revolution and globalism: feasible changes for law] *Valóság* LVI (2013) 4, 1–10

j

‘Egy akadémiai jogtudományi intézet kilátásairól (Lehetőségek és várakozások)’ [The perspectives of an institute for legal studies: Chances and expectations] *Jogelméleti Szemle* (2013) 1, 161–169 in <<http://jesz.ajk.elte.hu/varga53.pdf>>

k

‘Töredékek Kelsen és Bibó kapcsolatáról’ [Fragments on the contacts between Kelsen & Bibó] *Világosság* LII (2013) tavasz–nyár, 355–361

l

‘The Comparative Study of Judicial Argumentation: The Connection between Legal Cultures and the Legal Mind’ in OTKA-EPR (31. 01. 2013) in <<http://nyilvanos.otka-palyazat.hu/index.php?menuid=930&num=62382&lang=EN>>

2014

‘Inertia or Pattern Following? Phase Lag of and Defiance by the Central and Eastern European Judiciary’ in *Europeanization and Judicial Culture in Contemporary Democracies* ed. Manuel Guțan & Bianca Seleşan Guțan (București: Editura Hamangiu 2014), 50–77

b

‘Jog és nyelv? Gondolatok egy alapvetéshez’ [Law and language? Basics for an outline] *Glossa Iuridica* I (2014) II, 85–100

c

‘Bizonyosság, bizonytalanság: az emberi tudás dilemmája’ [Certainty, uncertainty: the dilemma of human knowledge] in *A világ mi magunk vagyunk...* Liber amicorum Vörös Imre, ed. Balázs Fekete, Balázs Horváthy & Brigitta Kreis (Budapest: HVG-ORAC 2014), 558–570

2015

‘20th-century Legal Philosophy in Hungary’ in *Legal Philosophy in the Twentieth Century* The Civil Law World, ed. Enrico Pattaro & Corrado

Roversi (Dordrecht: Springer 2015) 1300 [A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence 12], Volume I, Ch. 19, 636–651

b

‘What to Learn for Future Transformations? Lessons from Central European Transition to Rule of Law’ *Central European Political Science Review* 15 (Winter 2014), No. 58, 9–38

Оглавление

Предисловие к русскому изданию	4
Оглядываясь назад	13
Природа права и правовое мышление.....	25
Правовая доктрина: методология и онтология	44
Природа права. Историческое сравнение правовой онтологии и правовой идеологии	56
Верховенство права или дилемма идеала: садоводство против механизации	67
Порядок из хаоса? Философия создания и применения европейского права	82
Право, юридический процесс и судебское сознание	106
Ленин и революционное правотворчество	118
Понятие и историчность явления кодификации: завершение социалистической кодификации	126
Правило и/или норма. Или способность права к концептуализации и логификации.....	136
Theatrum legale mundi: о классификации правовых систем	144
Цели и средства в праве.....	173
«Право» или «нечто более или менее правовое» (антропологическое рассуждение о том, то есть право).....	185
Право и язык? право как язык? Об окончательном единстве онтологии и эпистемологии.....	195

Попытки прагматического осмысления права. Философские рассуждения о фактах и понятиях	210
Природа прав человека.....	224
Поиски формализма в праве. Идеи системности и аксиоматичности между утопизмом и эвристическим суждением	231
Природа судебного установления фактов	238
Подводные камни правового позитивизм (взаимно опровергающие и взаимодополняющие теории Кельзена и Шмитта).....	255
Теория применения права Ганса Кельзена (эволюция, проблемы и открытые вопросы)	272
Наброски по онтологии права	305
Разновидности права и верховенство права.....	319
Перенос права (глобализация, действия масс, критика и разочарование)	335
Библиографическое описание вошедших в монографию работ	345
Библиография работ Чабы Варги	352

Contents

Preface to the Russian Edition.....	4
Looking Back.....	13
The Nature of Law and Legal Thinking	25
Law and its Doctrinal Study (On Legal Dogmatics)	44
The Nature of Law: Legal Ontology and Legal Ideology Historically Compared.....	56
Rule of Law, or the Dilemma of an Ethos: Gardening versus Mechanisation	67
Order out of Chaos? Philosophy of the Construction and Operation of European Law	82
Law, Legal Process and the Judicial Mind	106
Lenin and Revolutionary Law-making.....	118
Conception and Historical Nature of Codification: The Formation of a New, Socialist Type of Codification	126
Rule and/or Norm	136
Theatrum Legal Mundi: On Taxinomy of Legal Systems	144
Goals and Means in Law.....	173
«Law» and «Something More or Less Legal»: Anthropological Reflexions About What Law Is.....	185
Law and Language? Law as Language?.....	195
Paradigmatic Assumptions of Thinking in Law	210
Nature of Human Rights.....	224

The Quest for Formalism in Law	231
On Judicial Ascertainment of Facts.....	238
Pitfalls of Legal Positivism: Kelsen and Schmitt Circularly Challenged.....	255
Kelsen's Theory of Law-application	272
Outlines of an Ontology of Law	305
Varieties of Law and the Rule of Law	319
Legal Transfers:	
Globalization with Mass Actions, Criticism and Disillusionment	335
Bibliographical description of the works included into the monograph.....	345
Bibliography of Csaba Varga's works	352

Чаба Варга

Загадка права и правового мышления

Избранные произведения

Генеральный директор Н.А. Исаев

Подписано в печать с готового оригинал-макета 01.09.2015 г.

Формат 60х90 1/16, печать офсетная.

Усл. печ. л. 22,95. Тираж 1000 экз. Заказ № 269.

ООО Издательский Дом «Алеф-Пресс».

191119 Санкт-Петербург, ул. Достоевского, д. 27, Литер А, п. 10-Н.

www.alef-press.org

тел. 89192002020

E-mail: nikolajisaev@yandex&ru